

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE LAS EXIGENCIAS QUE IMPONE EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

[Constitutionality of article 318 of Criminal Code considering the requirements imposed by the specificity principle]

IGNACIO RAMÍREZ LARRAÍN

RESUMEN

En este trabajo de investigación se analiza, desde una perspectiva general, la constitucionalidad del artículo 318 del Código Penal que tipifica el delito relacionado con la infracción a las normas sanitarias emanadas por la autoridad competente en tiempos de pandemia. Mediante el desarrollo de ciertos principios relevantes del Derecho Penal sustantivo se busca determinar si este ilícito penal cumple con aquellos mandatos claves para considerarlo conforme al texto constitucional vigente.

PALABRAS CLAVES

Taxatividad – Legalidad - Ley penal en Blanco – Ilícito penal.

ABSTRACT

The following research analyzes, from a general perspective, the constitutionality of the Chilean Criminal Code's article 318, which classifies as a crime the infringement of sanitary rules imposed by the competent authorities during a pandemic. Through the development of certain principles of Criminal Law the goal is to find if the criminal offense meets the required standards to be considered as such according to the Constitution.

KEYWORDS

Strict legality or Specificity- Legality - Criminal Offense.

INTRODUCCIÓN

Debido a la situación mundial actual respecto a la pandemia del virus SARS-CoV-2 conocido como COVID-19 y de su propagación en todos los países del orbe, ha surgido la iniciativa de regular aquellas conductas que sean consideradas atentatorias o contrarias a la salud pública, esto porque el virus señalado anteriormente es una enfermedad con una tasa alta de propagación y transmisión, mediante el contacto cercano con una persona contagiada. Sin embargo, a nivel mundial se han tomado en consideración diversas medidas que tienen como fin mitigar o reducir el contagio de esta enfermedad, como es el uso de mascarillas, distanciamientos sociales con una separación mínima de un metro, cuarentenas en diversas localidades e inclusive el uso de aislamiento domiciliario nocturno.

A través del recurso a procesos penales, se ha condenado mediante sentencias firmes y ejecutoriadas a un número no menor de personas, quienes fueron juzgadas por el incumplimiento de normas administrativas emanadas de la autoridad sanitaria aplicándoles una sanción penal. Esta situación ha generado dudas respecto a si la norma del artículo 318 del Código Penal se adecúa a los preceptos constitucionales vigentes en nuestro país sobre el principio de legalidad, específicamente en su vertiente relacionada con la taxatividad. La función de garantía de este principio es fruto del triunfo de las ideas liberales, reflejadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789¹, en la que se consagró la idea de que solo las normas legales pueden establecer las penas de los ilícitos y que la autoridad competente para señalar dichos actos u omisiones contrarios al ordenamiento jurídico, es el legislador, el cual es el principal representante de la voluntad popular manifestada en el Congreso Nacional.

Es recurrente últimamente que los tribunales de justicia, a propósito de la comisión del delito regulado en el Art.318 del Código Penal, relacionado con el incumplimiento de las medidas sanitarias por la situación actual mundial respecto a la pandemia han condenado a muchas personas a penas corporales o pecuniarias. Señalando que este delito es un ilícito que, mediante la sola infracción de las normas reglamentarias emanadas de la autoridad sanitaria competente, permitirá la aplicación de una sanción penal, esto es, básicamente y dicho en términos amplios, que no se requiere que la persona detenida esté contagiada con el virus; siendo en este caso la autoridad sanitaria quien determina qué actos o conductas pueden poner en riesgo la salud de la población².

En este trabajo de investigación se buscará señalar que es posible sostener que este tipo penal no satisface las exigencias del principio de legalidad y, en particular, del principio de taxatividad reconocido en nuestra Constitución Política de la República. Lo anterior, se hará mediante un análisis de la figura en comento, iniciando con un apartado dedicado exclusivamente a tratar el concepto de derecho penal subjetivo, su titularidad y sus fundamentos, para posteriormente tratar ciertos límites formales al *ius puniendi*, como lo son los principios de legalidad y taxatividad como manifestaciones de este principio, los fundamentos de este, su consagración y una referencia a aquellas situaciones en que la taxatividad puede verse mermada o afectada.

Por otro lado, se desarrollará el delito en comento con un análisis histórico respecto a las reformas de las que ha sido objeto y, por otra parte, verificar si este tipo penal cumple con los requisitos necesarios emanados del principio de taxatividad penal para ser considerado constitucional. Esto, debido a que la norma que establece este tipo penal se remite a un acto de carácter administrativo para que regule parte de este ilícito, tratándose de una ley penal en blanco que no describiría una

¹POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003) p. 93.

² Esto era entendido de esta manera hasta marzo del año 2020, sin embargo, mediante la sentencia del Tribunal Constitucional Rol n° 895-2020 y sentencia de la Corte Suprema Rol n° 125436-20, se entiende que es un ilícito donde la conducta debe ser idónea para provocar contagios.

conducta específica, sino que remite su determinación a una autoridad administrativa que debe tomar en cuenta ciertas condiciones de riesgo para precisar la conducta que es sancionada penalmente.

En este trabajo de investigación se utilizarán fuentes inspiradas en la doctrina de los autores, específicamente en aquella que trata la parte general del Derecho Penal, además de aquella doctrina que estudia los delitos contra la salud pública y ciertos fallos de diversos tribunales de justicia en materia penal que tratan sobre este artículo 318 de manera poco uniforme y sin seguir una línea constante o prolija. De hecho, los tribunales penales han seguido criterios variados para determinar la sanción aplicable a las personas que cometan estos ilícitos regulados en el Código Penal³.

Mediante un método dogmático, se estudiará el concepto de principio de legalidad con sus manifestaciones respecto con la taxatividad. Además, se realizará un análisis normativo de la figura del artículo 318, sustentado en informes en derecho, desarrollo doctrinal y un estudio centrado en jurisprudencia en materia penal que, bajo nuestra propia visión, permitirá vislumbrar un mayor entendimiento de este ilícito y, finalmente, si el delito de este artículo se ajusta a los preceptos constitucionales vigentes en nuestro país.

Por último, este trabajo de investigación se dividirá en dos partes, la primera relacionada con el concepto y fundamento del principio de legalidad y taxatividad, su consagración constitucional, legal e internacional, ciertas amenazas a la taxatividad y el concepto de ley penal en blanco y sus diferentes tipos. En segundo lugar, realizaremos un análisis del artículo 318 inciso primero del Código Penal que incluya cuestiones previas como es el estado de catástrofe; además de un análisis histórico. Por otra parte, analizaremos la conducta tipificada y si esta se ajusta o no a los requerimientos constitucionales.

³ Vid. Fallos Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol n° 682-20 y fallo Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol n° 286-20.

I. DERECHO PENAL SUBJETIVO Y ALGUNOS LÍMITES FORMALES AL IUS PUNIENDI

1. *Derecho penal en el sentido subjetivo*

Para comenzar, se requiere tener claridad de ciertos conceptos previos para tratar el principio de legalidad y, en específico, el principio de taxatividad. Para esto, debemos saber cuál es el concepto de Derecho penal subjetivo, quiénes son los titulares de este derecho y sus fundamentos.

a) Concepto

El Derecho penal subjetivo o *ius puniendi* consiste en la facultad del Estado para prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar su transgresión con una pena, mientras que el Derecho penal objetivo consiste en la manifestación de ese poder en el derecho positivo⁴. Se puede señalar igualmente que el Derecho penal objetivo es aquel conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas⁵. Dicho concepto se encuentra inspirado en la definición dada por Von Liszt, quien consideraba al Derecho Penal como el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia⁶. Empero, dicha definición actualmente es insuficiente por dos razones: en primer lugar, ya no puede afirmarse que el Derecho penal señale solo las penas aplicables a los ilícitos, sino que ahora dispone de otro mecanismo, el de las medidas de seguridad. En segundo lugar, el Derecho penal no debe reducirse a las normas que establecen las penas y las medidas de seguridad, sino que comprende, ante todo, las normas que se dirigen a los ciudadanos para que no cometan los delitos previstos por la ley⁷.

Sin embargo, en este trabajo de investigación nos centraremos en el Derecho penal subjetivo y específicamente en el principio de legalidad y taxatividad, ambos como límites formales del *ius puniendi*.

Si bien se reconoce la vigencia del *ius puniendi*, esta presupone la existencia de un Estado de Derecho democráticamente organizado que se caracteriza por la existencia de un Congreso Nacional facultado constitucionalmente para la creación o regulación de normas penales. Esto se encuentra consagrado en el artículo 63 n° 3 de la Constitución Política de la República⁸.

b) Titularidad

Respecto a este tema no se requiere un análisis especial pese a sus orígenes privatísticos, en los cuales el derecho de castigar correspondía a los particulares, hace tiempo –sin duda, ya en el derecho romano– que constituye un principio indiscutido el de que la pena y la medida de seguridad son atributos exclusivos del Estado⁹. Históricamente, no fue siempre el Estado el titular del *ius puniendi*. Antiguamente, las primeras organizaciones frente a la comisión de delitos emanan de la propia comunidad de individuos, la cual asumió la tarea de castigar a la persona infractora, generando una especie de autotutela en estas comunidades. Sin embargo, con el paso del tiempo y

⁴ CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte general*⁸ (Santiago de Chile, Edición Universidad Católica de Chile, 2005), p. 40.

⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte general*⁸ (Barcelona, B. de f., 2006) p. 45.

⁶ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, I (2007, trad. cast. Madrid, 1929), p. XX

⁷ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 5), p. 43.

⁸ ARTÍCULO 63: “Sólo son materias de ley. n° 3: Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra;”.

⁹ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte General* (Santiago de Chile, Ediciones UC, 2020), p. 42.

ya en época del imperio romano, comienza una ascensión por parte del Estado para proporcionar un determinado orden social, donde sea la figura estatal la encargada de determinar sanciones y aplicar penas.

El titular de la potestad punitiva es el ente estatal, esto quiere decir que el Estado, como organización política, es un orden que regula, mediante su monopolio, el uso de la fuerza¹⁰ a través del cual emana la facultad para generar delitos, fijar las penas y aplicar o ejecutar dichas sanciones a las personas que transgredan la norma. Evidentemente, la titularidad de esta potestad es indelegable dado que lo ejerce el ente estatal por intermedio de los órganos expresamente asignados para cumplir dicho cometido, sin embargo, mediante la existencia de salidas alternativas y de los delitos de acción privada se puede generar una excepción a esta incapacidad de delegar la potestad punitiva.

De hecho, es tal la necesidad de que el Estado tenga la facultad punitiva que se considera que el ejercicio de la potestad penal es parte de la idea de soberanía, siendo necesario en un Estado de Derecho que el ente estatal tenga el control exclusivo de la facultad de crear, modificar o eliminar delitos y que sea éste mismo el encargado de aplicar las penas.

c) Fundamentos del *ius puniendi*

Es adecuado tener en consideración que la facultad del Estado de crear delitos e imponer penas tiene ciertos motivos o fundamentos que legitiman que solo y exclusivamente el ente estatal pueda ser titular del *ius puniendi*. Estos fundamentos son de carácter material y político.

i) Fundamento material o funcional

En este caso nos tenemos que hacer una pregunta, a saber: ¿Cuál es el motivo o justificación que permite castigar o imponer sanciones de carácter penal?

La respuesta a esta pregunta no es unívoca, ya que existen diversas corrientes de opinión, existiendo incluso algunas como el abolicionismo penal, el cual es una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo¹¹. Sin embargo, en esta investigación sostenemos que es imposible no contar con un sistema penal que persiga delitos e imponga sanciones y, a partir de esto, se busca determinar argumentos que generen un fundamento legitimador del *ius puniendi*. En este caso nombraremos tres.

En primer lugar, la perspectiva absolutista, la cual postula que la pena es una manifestación de justicia y su justificación estaría en sí misma. Es un mal que se impone a aquel que, a su vez, causó otro mal: el delito; la sanción es estrictamente retributiva de la culpabilidad del delincuente¹². Esta posición absolutista genera críticas, ya que sostiene que el castigo tiene un carácter esencialmente retributivo donde el Derecho Penal no es visto como un instrumento que busca la protección de bienes jurídicos, sino como instrumento para conseguir una justa ecuación entre el mal producido con el delito y el mal que conlleva la pena. Además, la pena pierde una de sus principales características, la de su necesidad como medio de luchar en contra del delito. Si la pena es una simple retribución al mal causado por aquel, no se ve cómo podría omitirse en aquellas hipótesis donde es claramente innecesaria su imposición para mantener la paz social y, de otro lado, margina

¹⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas* (Madrid, Marcial Pons, 2018), p. 226.

¹¹ SCHEERER, Hulsman; STEINERT, Christie; DE FOLTER, Mathiesen, *Abolicionismo penal* (Buenos Aires, Editorial Sociedad Anónima Editorial Comercial, Industrial y Financiera, 1989), traducción de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza, p.13.

¹² GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, I: Parte General*² (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2019), p. 71.

la posibilidad de alejar al delincuente del delito, dado que se le puede ofrecer una alternativa de vida donde no contravenga el derecho, finalidad que es inherente a la sanción conforme a los principios de resocialización y de humanidad¹³.

En segundo lugar, existe una perspectiva resocializadora, la cual señala que el ejercicio de la potestad penal es legítimo si se orienta a la reinserción social de la persona sujeta a una condena, en este caso la pena sí tiene una utilidad clara que es la readaptación social del condenado. Esta teoría llegó a gozar de un gran nivel de aprobación en la mitad del siglo XX, sin embargo, este criterio ha sido abandonado por la doctrina como referencia a un factor que legitime por sí mismo el ejercicio de la potestad punitiva. En particular, debe destacarse que la resocialización puede no resultar lícita, aunque aparezca como la única forma útil de prevención especial. Así, es evidente que, frente a los delincuentes por convicción, políticos, terroristas, no cabe intentar la persuasión por la fuerza de un tratamiento. Además, en un Estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado¹⁴.

En tercer lugar, tenemos una posición o perspectiva garantista donde la utilidad de la pena no es vista en modo individual como la perspectiva resocializadora; aquí la pena se justifica en la medida en que se encamina a mantener los niveles de criminalidad en márgenes aceptables buscando una convivencia social armónica. Por otro lado, la legitimidad de esta posición garantista no consiste únicamente en su aptitud de evitar la comisión de delitos, sino que además busca que mediante la imposición de la pena se respeten y resguarden lo máximo posible las garantías individuales establecidas en el derecho penal sustantivo nacional y que su aplicación implique un menor costo posible en relación con los derechos de la persona condenada. En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida —y sólo en la medida— de lo necesario para aquella protección¹⁵.

ii) Fundamento político

Respecto con este fundamento, al igual que el anterior, no existe una respuesta única debido a que el motivo que ha sido soporte para que el Estado tenga el derecho de castigar ha ido variando en el tiempo dependiendo de la concepción política o ideología imperante en un momento determinado.

Cuando el Estado se concebía como absoluto, tal interrogante poseía solo un interés muy secundario. Por el contrario, el planteamiento liberal, al replantear la legitimidad y los límites del poder político frente al pueblo, concedió importancia nuclear a la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales¹⁶.

Cesare Beccaria, fundador del Derecho Penal moderno, representa la opinión de la Ilustración acerca del fundamento político de la atribución al Estado del *ius puniendi*: "Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar

¹³ ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; ARROYO, Luis; GÓMEZ, Juan; ROXIN, Claus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (Barcelona, Ariel, 1989), p. 25.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte general*⁸ (Barcelona, B. de f., 2006), p. 94

¹⁵ *Ibid.*, p. 101

¹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*⁹ (Barcelona, B. de f. 2003), p. 103.

este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes... Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia... El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho”¹⁷.

En esta investigación, no se busca un desarrollo histórico completo de este argumento¹⁸ ya que el motivo para que el ente estatal castigue ha sido variable, en este caso el fundamento político del *ius puniendi* no puede ser otro que la existencia de un Estado de Derecho democrático, en virtud del artículo 4 de la Constitución Política de la República que señala: “*Chile es una república democrática*”. A partir de esa norma se puede sostener que la determinación de lo que es considerado delito recae el Congreso Nacional en tanto representante de la voluntad soberana y que mediante la elección de diputados y senadores por la ciudadanía se legitima a los elegidos a regular materias propias del Derecho Penal.

2. Límites formales del *ius puniendi*, en particular el principio legalidad y de taxatividad

Teniendo en cuenta el concepto de *ius puniendi* o potestad penal del Estado, se requiere para garantizar los derechos de las personas frente a la actuación del ente estatal la existencia de límites al ejercicio de la potestad penal, cuyo fin es evitar que el ente estatal realice actuaciones que podrían ser consideradas arbitrarias o incluso ilegales. Si bien, el legislador puede restringir los derechos constitucionalmente garantizados solo lo puede hacer en la medida que se respete un conjunto de garantías que el propio texto constitucional establece a favor de las personas.

El Tribunal Constitucional respecto a este tema ha señalado: “En nuestro país se ha adoptado un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el *ius puniendi* estatal, sino que también proscribiera el uso abusivo de la potestad punitiva”¹⁹.

Existiendo límites al ejercicio del *ius puniendi*, dentro de estos tenemos aquellos de carácter material, que son aquellas garantías que tienen relación con el contenido de las normas penales sustantivas, estos son: la necesidad de la intervención penal, principio de lesividad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad y principio de humanidad. Sin embargo, en este trabajo de investigación nos centraremos en los límites formales, que son aquellos que dicen relación con el instrumento que sirva de fuente a los preceptos penales, estos son: el principio de reserva de ley, exclusión de la analogía, taxatividad e irretroactividad. Nos centraremos en las manifestaciones del principio de legalidad y, específicamente, en la taxatividad.

a) Principio de legalidad de los delitos y penas

La doctrina especializada ha sostenido que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal, es decir, que el ordenamiento

¹⁷ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (1764, trad. cast. Madrid, 1968), pp. 27-29.

¹⁸ Para mayor desarrollo, consultar: VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte general* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 84.

¹⁹ SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (en adelante STC), Rol n° 2959-16 Cons. 41°

jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva²⁰.

El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley²¹. Además, desde una perspectiva constitucional, este principio se refleja en la subordinación de la normativa penal al mayor respeto de los derechos fundamentales de la persona, que en la mayoría de los ordenamientos adquieren rango constitucional. Los derechos humanos se alzan, así como barreras que no pueden ser sobrepasadas por el legislador ni por los jueces. Han dejado de ser declaraciones de índole meramente programática, para transformarse en garantías individuales, porque las constituciones y las leyes han creado acciones y recursos procesales específicos ante los órganos jurisdiccionales para hacerlas respetar²².

De esta manera es necesario visualizar el contenido esencial de este principio, el cual radica en que no puede sancionarse una o varias conductas ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, frecuentemente expresado mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. En otros términos: no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado. El creador intelectual de este principio fundamental para el Derecho fue Feuerbach que, a su vez, lo recogió de los ideales de la Revolución Francesa y se consagró en el Art. 8º de la Declaración de Derechos del Hombre (1789)²³. Este principio tuvo una plena consolidación con el nacimiento del Derecho Penal Moderno y además es ampliamente reconocido o acogido en acuerdos internacionales de mayor importancia en nuestro tiempo, como por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴, etc.

Se trata, por tanto, de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que, si la ley no las establece, nunca podrán afectarles²⁵.

Este principio, además, tiene un fundamento político ya que garantiza la imparcialidad del Estado, debido a que determina de manera general y previa a la realización del delito, las características o particularidades y la sanción penal aplicable a la persona que contravino la norma. Se evita con esto que la actividad punitiva del Estado tenga un trasfondo político o esté cargada de intereses estratégicos de un grupo determinado de personas. Por otro lado, este principio es una garantía para el ciudadano ya que sabe previamente que conductas son consideradas ilícitas y hasta qué punto el Estado puede actuar y limitar derechos de las personas²⁶.

El principio de legalidad, en materia penal²⁷, limita la forma en que el Estado ejerce el *ius puniendi*, pues solo puede hacerlo si una ley anterior a la ejecución de un hecho lo describe como delito y establece, además, cuál es la pena que debe aplicarse a quien lo realiza, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Nuestra Carta Fundamental lo consagra como parte del proceso de

²⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, I (Santiago de Chile, Civitas, 2015), p.136.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2010), p. 97.

²² GARRIDO, Mario, cit. (n. 12), p. 18.

²³ *Ibid.*, p. 31.

²⁴ Se consagra este principio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11. 2, en el Art. 15.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y en el Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁵ MUÑOZ, Francisco, cit. (n.18), p. 98.

²⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *Leciones de Derecho penal. Parte general*^B, (Lima, Ideas Solución Editorial, 2019) p. 95.

²⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*^B, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998), pp. 75 y ss.

constitucionalización del Derecho Penal²⁸, adquiriendo contenido material normativo como institución propia de un Estado Democrático de Derecho²⁹.

En efecto, el principio de legalidad no debe ser considerado como una mera restricción formal, sino que es una inferencia lógica de las funciones de motivación y de advertencia que la tipificación de conductas y penas tiene en los integrantes de la sociedad, pero sobre todo en la función garantizadora de la tipicidad, la cual exige que la instauración de delitos y penas sea consecuencia de un acuerdo del órgano del Estado más representativo del interés social, y no que responda al mero arbitrio de la autoridad³⁰. La ley solo puede regular y aplicarse a hechos acaecidos a partir y durante su período de vigencia, *tempus regit actum*. Para conseguir este objetivo limitador, la ley debe ser escrita, previa, cierta y estricta³¹.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a este principio señalando “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 dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal”³².

i) Consagración constitucional, legal e internacional

La Constitución Política de la República en su artículo 19 establece una serie de garantías para las personas, específicamente consagra un conjunto de garantías donde se encuentra explícita la idea de legalidad.

El artículo 19 n° 3 inciso final de la Constitución prevé: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Este precepto dispone que los delitos solo pueden ser establecidos por una norma de rango legal, siendo necesario que la *lex* describa la conducta prohibida y determine la pena a imponer. Con esto, se cumple con el requisito que la ley sea *stricta* ya que para legislar en materia penal se exige cierta precisión, que se concreta en dos aspectos: a) la conducta prohibida y todos los elementos del tipo han de describirse con claridad y exhaustivamente en lo sustancial, diferenciando una de otra adecuadamente, de modo que puedan individualizarse sin dudas; y, b) en la misma forma ha de precisarse la pena que corresponderá aplicar³³.

Por otro lado, el principio de legalidad se encuentra reconocido en el artículo 1° inciso I del Código Penal el cual señala “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.” y el artículo 18 del mismo Código que expresa “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”. En ambos casos se puede observar que los delitos deben estar determinados o señalados en la ley, siendo ésta la única fuente que es capaz de poder generar conductas que sean consideradas ilícitos penales. Por otra parte, este principio tiene una gran

²⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política Chilena (1980)*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. 12 (1994), pp. 174 y ss.

²⁹ CURY, Enrique, *La ley penal en blanco* (Bogotá, Temis S.A., 1988), pp. 11 y ss. En una línea similar, ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 22), p. 78, para quien “es algo más que una institución puramente jurídica: es en realidad la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social”.

³⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, I (Lima, Ediciones Jurídicas Grijley, 2007), pp. 131 y 132.

³¹ Por todos, ROXIN, Claus, cit. (n. 17), pp. 137 y ss.

³² STC Rol N° 2744-2020 C. 30

³³ *Ibid.*

relevancia siendo reconocido internacionalmente y siendo parte del ordenamiento jurídico nacional en conformidad al artículo 5 inc. 2 de la Constitución política de la República³⁴.

Por otra parte, se consagra también este principio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11. 2³⁵, en el Art. 15.1³⁶ del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y en el Art. 9³⁷ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b) Principio de taxatividad legal o *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

El principio de taxatividad o de determinación consiste que tanto las conductas mandadas o prohibidas por la ley penal (esto es, el supuesto de hecho, precepto o tipo penal) como las consecuencias que consagra el ordenamiento para ser impuestas a quienes transgredan sus disposiciones (consecuencias jurídicas, sanciones), sea que se trate de penas o de medidas de seguridad, deben estar claramente consignadas en ella³⁸. Por otra parte, podemos señalar que este principio exige que el legislador haya realizado la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito³⁹. En el sentido señalado, resulta necesario que las leyes penales sean redactadas en términos estrictos y precisos, de modo que no existan dudas respecto a la situación que pretende regular.

El "mandato de determinación" se vincula con el tipo, toda vez que solo al legislador corresponde identificar y describir los elementos objetivos y subjetivos que lo componen. El principio de "tipicidad", que deviene de la aplicación del principio de legalidad y del principio de responsabilidad por el hecho, es un elemento más de aquel mandato⁴⁰.

La exigencia de certeza surge de la función de motivación de la norma penal respecto del ciudadano⁴¹, y constituye una garantía de seguridad jurídica para aquel, pues solo así este podrá aprehender el contenido normativo esencial de la norma penal, saber qué es lo que está prohibido penalmente y qué es lo que puede hacer (ámbito de lo permitido), y adecuar su comportamiento o no conforme a ello⁴².

Este principio es reconocido por la Constitución Política en su artículo 19 n° 3 inciso final, el cual se señaló previamente en el apartado respecto a la consagración del principio de legalidad. Este artículo prescribe: "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". Esta exigencia constitucional, a nuestro juicio, se cumple cuando

³⁴ Artículo 5 inciso 2: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

³⁵ "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

³⁶ Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

³⁷ Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

³⁸ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte general* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011). p. 189

³⁹ CURY, Enrique, cit. (n. 4), p. 229

⁴⁰ STC de 26-08-1996, causa Rol n° 244

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Madrid, Marcial Pons, 1992), p. 353.

⁴² ARROYO ZAPATERO, Luis, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3 (1983), 8, p. 16.

la descripción de la conducta está realizada de tal manera que no se da lugar a interpretaciones diversas acerca de lo que se quiere sancionar, debiendo utilizar el legislador lenguaje claro y preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos para que estos, mediante la lectura del tipo, puedan identificar con claridad qué conducta, sea una acción u omisión, está prohibida.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado: “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”⁴³.

En otra sentencia, el mismo tribunal afirma que: “es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”⁴⁴.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en otra sentencia más reciente ha señalado respecto al principio de legalidad y taxatividad o tipicidad penal lo siguiente: “Que, a su vez debe tenerse presente la diferencia y la interrelación recíproca entre los principios de legalidad y de tipicidad en materia penal. En este sentido, el segundo tiene un contenido propio, en tanto opera como una de las concreciones del primero. En este orden, el principio de legalidad satisface un estándar, cual es la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en una norma que tenga el rango y la fuerza de ley, además de ser derecho legislado en el sentido formal. Por su parte, la garantía de tipicidad requiere, para ser satisfecha, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”⁴⁵.

i) Casos de indeterminación que afectan al principio de taxatividad

Ahora bien, como toda norma jurídica la norma penal consta de un supuesto de hecho (o presupuesto) y de una consecuencia jurídica. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en que, en la norma penal, el supuesto de hecho lo constituye un delito y la consecuencia jurídica una pena y/o una medida de seguridad⁴⁶. Utilizaremos en este caso a modo de ejemplo, el artículo 391 del Código Penal⁴⁷ que sanciona el delito de homicidio siendo una norma penal de carácter completo, ya que se describe con precisión el supuesto de hecho que es matar a otra persona y la consecuencia jurídica de este que, en el caso de homicidio calificado, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. Por otra parte, si es un homicidio simple la pena será de presidio mayor en su grado medio. Pero no debe confundirse

⁴³ STC Rol n° 2744-20 C. 30.

⁴⁴ STC de 26-08-1996, causa Rol n° 244.

⁴⁵ STC de 01-07-2021, causa Rol n° 9497.

⁴⁶ MUÑOZ, Francisco, cit. (n.21), p. 35.

⁴⁷ El que mate a otro y no esté comprendido en los artículos 390, 390 bis y 390 ter, será penado: 1.º Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera.- Con alevosía. Segunda.- Por premio o promesa remuneratoria Tercera.- Por medio de veneno. Cuarta.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido. Quinta.- Con premeditación conocida. 2.º Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.

norma penal con artículo del Código Penal. Normalmente pueden coincidir, pero otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran repartidos en diferentes artículos del Código⁴⁸ o inclusive en normas infra-legales.

Sin embargo, desde el punto de vista de la estructura lógica solo es válida la distinción de presupuesto y consecuencia jurídica, por otro lado, la distinción precepto-sanción alude al significado imperativo, más que a la estructura formal, de la norma penal; pero, para que sea válida a ese nivel, debe completarse distinguiendo entre norma primaria y norma secundaria⁴⁹.

Como lo hacía RODRÍGUEZ DEVESA que considera preferible esta terminología a la de precepto y sanción utilizada por un sector de la doctrina, puesto que, a su juicio, no es exacto que el precepto se limite a una parte de la ley penal, ya que la ley es una unidad en la que el precepto va unido indisolublemente a la sanción⁵⁰.

Por último, en el apartado siguiente se tratarán aquellas afectaciones al principio de taxatividad relacionadas con el supuesto de hecho, las cuales son los tipos abiertos, las cláusulas generales, el empleo excesivo de elementos normativos, leyes penales en blanco y las cláusulas de equivalencia.

a) Eventos de indeterminación del supuesto de hecho

Esto se presenta al menos en cinco situaciones diferentes:

i) Los tipos abiertos

Según una teoría fundada por Welzel⁵¹, el tipo describe por regla general todos los elementos fundadores [*sic*] del injusto, de tal modo que en el marco de la antijuridicidad solo resta por examinar la ausencia de causas de exclusión del injusto. Según el mismo autor, como figuras contrapuestas a estos tipos "cerrados" que constituyen completamente el tipo (clase) de injusto, existen también tipos "abiertos", en los que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición⁵².

Nos encontraremos con esta indeterminación cuando no exista un supuesto de hecho que delimite o defina claramente la conducta incriminada o sancionada, esto debido a que aquellos tipos abiertos no contienen todos los elementos de la figura tipificada, no individualizan el comportamiento mandado o prohibido. Con lo que estamos ante la indeterminación o incluso la inexistencia de una guía de carácter objetivo que permita contemplar el tipo y, además en la práctica resulta imposible distinguir entre lo permitido y lo penalizado de manera que se atenta contra la seguridad jurídica y las garantías establecidas para las personas.

En casos de tipos abiertos, estamos ante un tipo incompleto que remite mediante un elemento de valoración global del hecho a la totalidad del ordenamiento jurídico y no a una norma concreta como lo hace una ley penal en blanco. Como ejemplo, de esta categoría de tipo abierto podemos mencionar el artículo 373 del Código Penal que señala:

⁴⁸ MUÑOZ, Francisco, cit. (n. 21), p. 35.

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, *Introducción*, cit. (n. 16), p. 22.

⁵⁰ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte General* (Madrid, Dykinson, 1995), p. 141.

⁵¹ Desde el año 1952; sobre la evolución de esta teoría y polemizando con ella detalladamente, ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (Buenos Aires, B. de f., 2014).

⁵² ROXIN, Claus, cit. (n. 20), p. 298

“Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

Este delito nos sirve como ejemplo ya que no existe ninguna otra norma legal o infralegal, la cual indique qué conductas ofenden el pudor o las buenas costumbres generando como resultado en la práctica la imposibilidad de determinar cuál conducta está permitida y cuál no lo está⁵³.

ii) Las cláusulas generales

Se trata de un mecanismo en virtud del cual el legislador confecciona las disposiciones penales de una forma excesivamente amplia⁵⁴, de tal manera que los tipos penales se terminan convirtiéndose en verdaderas fórmulas globales, extensivas, que pueden arrojar en su seno cualquier comportamiento⁵⁵. Se trata en este caso de situaciones donde no es posible determinar lo que se quiere regular dada la imprecisión de las palabras o expresiones utilizadas, generando esto que se filtren diversas conductas que pueden o no ser reprimidas quedando esto a criterio de quienes manejan el poder⁵⁶.

Por otra parte, las cláusulas generales se caracterizan por oposición con la técnica de la formulación casuística, porque su generalidad permite hacer referencia a un gran número de casos –que de otro modo habría que enumerar– para someterlos a una misma disciplina, ofreciendo una regulación con pocas lagunas y adaptable a las diversas circunstancias. Precisando más, estas cláusulas ni siquiera se excluyen con el método casuístico, sino que, en no pocas ocasiones, se integran recíprocamente con aquel. Es lo que sucede cada vez que una enumeración es rematada con una cláusula abierta, que se nutre del contenido de la enumeración y le abre futuras posibilidades⁵⁷.

Respecto con estas cláusulas podemos utilizar de ejemplo el artículo 269 inc. I del Código Penal que señala:

“Fuera de los casos sancionados en el Párrafo anterior y en el artículo 268 septies, los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados”.

En esta norma, la frase *“turbaren gravemente la tranquilidad pública”* es un concepto excesivamente amplio porque muchas conductas pueden provocar una alteración grave de la tranquilidad pública y tener por objeto causar la injuria u otro mal a alguna persona, por ende, este tipo penal pretende cubrir la mayor cantidad de conductas con el fin de que estas puedan ser materias de reproche penal.

Respecto con estas cláusulas generales, hay que tener cautela debido a que, si estas son muy indeterminadas o vagas permitiría abarcar cualquier conducta en el tipo penal, lo que priva de contenido material al principio de legalidad, atentando contra la seguridad jurídica⁵⁸. Además,

⁵³ Otro ejemplo de utilidad es el artículo 495 N°5 que señala: *“Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual: N° 5 El que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos”.*

⁵⁴ Vid. HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*^B (Lima, Eddili, 1987), p. 165.

⁵⁵ Vid. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*¹ (Berlín, Gieseking E.U.W. GmbH, 2016), p. 138.

⁵⁶ VELÁSQUEZ, Fernando, cit. (n.38) p. 192.

⁵⁷ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 114.

⁵⁸ MUÑOZ, Francisco, cit. (n. 18), p. 103.

limita, también, a los jueces, como el presupuesto básico del principio *sine lege stricta*⁵⁹, el cual carece de importancia si el legislador entrega normas de contenido difuso, dejando vacía de contenido la prohibición de analogía para los jueces⁶⁰.

iii) El empleo excesivo de elementos normativos

En este caso, no existe un verdadero supuesto de hecho cuando el tipo penal emplea en exceso elementos normativos⁶¹. En esta situación se piensa, de manera inicial, que se trata de una disposición legal sobre una conducta punible, sin embargo, en realidad, se deja la determinación del tipo penal a la voluntad del juez. Un ejemplo de este caso es el artículo 288 bis del Código Penal que señala:

“El que portare armas cortantes o punzantes en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 1 a 4 UTM.

Igual sanción se aplicará al que en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas portare dichas armas, cuando no pueda justificar razonablemente su porte”.

En este caso, el término “*justificar razonablemente*” conlleva a que el juez determine casuísticamente qué tipo de porte será considerado razonable y no razonable, esto porque la norma no entrega ningún elemento que permita al juez determinar la razonabilidad de armas cortantes o punzantes, generando como resultado que la justificación razonable dependerá de la situación particular y análisis que haga el juez en cada caso.

iv) Leyes penales en blanco

La ley penal en blanco es una de las técnicas de redacción de la ley penal que ha sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a la que se alude con frecuencia al estudiar la configuración de los tipos específicos de la ley penal. Pese a todo, todavía subsiste una considerable incertidumbre sobre lo que debe entenderse por tal y los problemas que genera⁶².

En primer lugar, desde un punto de vista histórico⁶³, el hallazgo de estas leyes penales en blanco se atribuye a Binding, quien dio con ellas en sus investigaciones sobre la estructura de las leyes penales⁶⁴. Para este jurista alemán, las leyes penales en blanco se concebían como autorización de un órgano legislativo superior a otro de inferior jerarquía para la determinación del supuesto de hecho⁶⁵. Concretamente, se pretendía explicar los casos en que el Código Penal del Reich dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados federales (Länder) o de los municipios⁶⁶.

⁵⁹ ROXIN, Claus, cit. (n. 17), pp. 137 y ss.

⁶⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La naturaleza y contenido del mandato de Lex Certa en la doctrina del Tribunal Constitucional Español*, en *Derecho y Medioambiente* (1998), pp. 147 y ss.

⁶¹ BAUMANN, Jürgen, cit. (n. 47), pp. 138 y 139.

⁶² CURY, Enrique, cit. (n. 24), p. 23.

⁶³ Para este desarrollo histórico se utilizó el libro de OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

⁶⁴ Cfr. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts* (Berlín, Nabu Press, 2012), pp. 161 y ss.

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, *Introducción*, cit. (n. 13), p. 47.

⁶⁶ OLIVER, Guillermo, cit. (n. 53), p. 136.

De este modo, se trataba de un concepto de contenido político, cuya determinación se vinculaba al principio de legalidad. Era la única vía que permitía definir delitos a la Administración pública o a otros órganos de jerarquía inferior a la exigida por el señalado principio⁶⁷.

Luego, fue Mezger quien modificó este concepto de ley penal en blanco, al incorporar el caso en que el complemento de la ley penal se encuentra contenido en la misma ley o se halla en otra disposición legal emanada de la misma instancia legislativa⁶⁸. A estas dos hipótesis, que incluye dentro del concepto de ley penal en blanco, dicho autor las denomina leyes penales en blanco impropias, en tanto que reservó el nombre ley penal en blanco propia para aludir al caso en que la labor de complemento se entrega a una instancia legislativa de jerarquía inferior⁶⁹. Este concepto de ley penal en blanco, a diferencia del anterior, era de contenido técnico, pues enfatizaba la idea de que se trataba de distintas modalidades de técnica legislativa⁷⁰.

Después del surgimiento de la concepción de Mezger, que podríamos denominar extensiva –frente a la de Binding, que tendría carácter más restrictivo–, la mayoría de la doctrina española se ha decantado por una posición intermedia⁷¹. Según esta, el concepto de ley penal en blanco abarca todos los casos en que el complemento del supuesto de hecho se encuentra fuera de la disposición penal, sin importar el rango jerárquico de la normativa que integra el tipo penal.

En consecuencia, queda fuera de dicho concepto el caso en que el complemento se ubica en el mismo cuerpo legal, siendo esto último una cuestión de mera técnica legislativa⁷².

Para tratar esta técnica legislativa es necesario tener claridad en que las leyes que crean delitos – comúnmente denominadas leyes preceptivas–, constan de dos partes: una hipótesis o precepto y una sanción. La hipótesis es la descripción de una conducta, es decir, de un comportamiento humano y de las circunstancias en que ella ha de realizarse; desde el punto de vista gramatical, la conducta se expresa a través de un verbo. La sanción, en cambio, está representada por la pena o castigo que debe sufrir aquel que realizare la conducta, en las circunstancias que la ley prevé⁷³.

Por ley penal en blanco entenderemos 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 distinta⁷⁴. También podemos entender a este tipo de leyes como aquella disposición emanada del Poder Legislativo para crear un delito, en la cual falta la hipótesis o la sanción, o una parte de aquella o de esta y que, por tal razón, precisa de otra disposición que la complemente⁷⁵.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que las leyes penales en blanco son: “aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma

⁶⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 4), pp. 76 y ss.

⁶⁸ OLIVER, Guillermo, cit. (n. 53), p. 136.

⁶⁹ Cfr. Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, I (1946, trad. cast. Buenos Aires, 2010), p. 397.

⁷⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 4), pp. 76 y ss.

⁷¹ Así lo señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción el Derecho Penal* Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006), p. 260.

⁷² Optan por este concepto intermedio de ley penal en blanco, entre otros, MUÑOZ, Francisco, cit. (n. 18), p. 112; MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 4), p. 77.

⁷³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, en *Revista de Derecho PUCV*, 8 (1984), p. 3.

⁷⁴ CURY, Enrique, cit. (n. 4), p.174.

⁷⁵ RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 68), p.3

sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria⁷⁶.

En el contexto de un Derecho Penal de tipos como es el nuestro, la regulación, admisibilidad y límites de los tipos penales en blanco solo es posible respetando el *nullum crimen nulla poena sine lege*⁷⁷. Existe consenso en que su utilización sólo es aceptable cuando sea necesaria por razones de técnica legislativa, por el carácter extraordinariamente cambiante, flexible o complejo de la materia objeto de la regulación, por la evolución social y económica de la sociedad, que –de lo contrario– exigiría para su adaptación una revisión muy frecuente de las acciones prohibidas u ordenadas por la ley, admitiendo que el ámbito concreto que se sanciona sea determinado por normas extrapenales de complemento⁷⁸⁻⁷⁹⁻⁸⁰⁻⁸¹.

Se ha discutido en variadas oportunidades sobre la constitucionalidad de estas normas a la luz de la Constitución vigente actualmente en nuestro país. El texto definitivo de la Constitución del año 1980 difiere del que fuera aprobado por la comisión que redactó la Constitución de ese año y dicho cambio tiene una gran importancia para este asunto de las leyes penales en blanco. El artículo 19 n° 3 de la Constitución Política señala: “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”, sin embargo, si se realiza una comparación con la figura regulada en el anteproyecto realizado por dicha comisión se encuentra ciertas diferencias relevantes, donde es posible notar que se eliminó el término “*completamente*” que contenía dicho artículo en el proyecto.

Esto significa que el texto definitivo no recoge el propósito de los redactores de exigir que, en cada tipo penal, toda la hipótesis figurara en la ley respectiva, lo cual, como se dijo, habría significado la proscripción de las leyes penales en blanco⁸².

Todo lo contrario, el hecho de que se haya modificado la redacción se ha interpretado como un reconocimiento de que las leyes preceptivas pueden ser completadas en una disposición diversa. Por este motivo, nadie podría sostener fundadamente, como se ha señalado, que la Constitución actual prohíbe en forma global las leyes penales en blanco⁸³.

Existe, además, consenso en orden a que la interpretación de los textos legales debe buscar el querer actual de la norma y no la intención de sus redactores. Nadie podría tampoco invocar fundadamente el propósito de la Comisión en apoyo de una pretendida proscripción de esta forma de legislar⁸⁴.

Teniendo claridad de que dichas normas sí son permitidas por la Constitución vigente, corresponde señalar los diferentes tipos de leyes penales en blanco. Específicamente, se pueden distinguir cuatro tipos.

⁷⁶ Ver STC, Rol n° 9497-2020 p.32, en este caso el Tribunal Constitucional cita al autor Hans Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 150

⁷⁷ BALDOMINO, Raúl, *(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco*, en *Política Criminal*. 4 (2009), 7, p. 126.

⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, I (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 387.

⁷⁹ CURY, Enrique, cit. (n. 4), p. 175

⁸⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte General, I (Madrid, Universitas, 2013), p. 151

⁸¹ CASSOLA PERENZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho Penal* (Montevideo-Buenos Aires, B. de f., 2005), p. 29.

⁸² RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 68), p. 11.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

- a) Leyes penales en blanco propias: son aquellas que remiten a disposiciones de jerarquía inferior a la ley para completar el tipo penal⁸⁵, es decir, son disposiciones que contienen la sanción, pero cuyo precepto o hipótesis debe ser determinado o completado por un texto normativo diverso, emanado de una autoridad administrativa⁸⁶. Un ejemplo importante es la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, cuyo artículo 63 delega expresamente en el Presidente de la República la facultad de reglamentar cuáles son las sustancias y especies vegetales a las que se refieren sus arts. 1, 2, 5 y 8⁸⁷.
- b) Leyes penales en blanco irregulares: Representan la situación inversa a la anterior, es decir, se trata de leyes en que la hipótesis aparece definida por el legislador, pero queda en blanco la sanción. Esta última, también debe ser precisada por una autoridad diversa del Poder Legislativo. Se designan con el nombre de irregulares porque, a pesar de tratarse de disposiciones penales, paradójicamente omiten la pena. Algunos las denominan leyes penales en blanco al revés⁸⁸. Un ejemplo se contiene en el artículo 21, que remite la determinación de la pena de “incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal” al Reglamento Carcelario, sin fijar ni su límite máximo ni las modalidades de su aplicación⁸⁹.
- c) Leyes penales en blanco impropias o de reenvío: A diferencia de las propias, en estas se efectúa una remisión a otra ley emanada del legislador, es decir, la labor de complemento se encomienda aquí a otra ley y no a una autoridad diversa del legislador, como ocurría en los casos precedentes⁹⁰. Para ejemplificar respecto a estas leyes penales en blanco impropias, es útil el artículo 470 N° 1 CP⁹¹, que se remite, en cuanto a la penalidad, a lo dispuesto en el artículo 467 CP.
- d) Leyes penales abiertas: Se reserva esta denominación para designar a aquellas disposiciones incompletas en que la labor de complemento es entregada al propio tribunal encargado de aplicarlas⁹².

Por otra parte, hay que realizar otra distinción relevante con estos términos, cual es la existencia del reenvío que se realiza por la ley a otra autoridad sea que el complemento de la norma esté en la misma ley (reenvío interno)⁹³ o en otra ley (reenvío externo)⁹⁴.

Empero, una norma infralegal también puede regular cuestiones propias del tipo penal como es el caso de las leyes penales en blanco propias, esto es relevante porque si la ley regula precisamente el núcleo de la conducta y deja a la otra norma cuestiones accidentales o de complemento existirá en este caso un reenvío parcial⁹⁵.

⁸⁵ OLIVER, Guillermo, cit. (n. 53), p. 137.

⁸⁶ RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 63), p. 234.

⁸⁷ MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ María, Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte general*, (Santiago de Chile, Tirant lo Blanch, 2019), p. 83.

⁸⁸ RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 63), p. 234.

⁸⁹ MATUS, Jean Pierre, cit. (n. 77), p. 84.

⁹⁰ RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 63), p. 234.

⁹¹ *Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también: 1.º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o destruyeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.*

⁹² RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 63), p. 234.

⁹³ CURY, Enrique, cit. (n. 24), p. 39.

⁹⁴ RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 63), p. 233

⁹⁵ A modo de ejemplo, los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000, esto debido a que se le deja al reglamento respectivo la regulación de las sustancias consideradas estupefacientes y psicotrópicas.

Sin embargo, si tenemos una norma que no define el núcleo de la conducta y deja la determinación de éste y de cuestiones accesorias a una norma distinta de la ley existirá un reenvío total. Por otra parte, hay que estar alerta con los cuidados que debe tenerse frente a la falta o deficiente taxatividad que presentan, normalmente, las normas legales no penales⁹⁶.

Respecto con estos tipos de leyes, el Tribunal Constitucional ha señalado: “La Constitución Política de la República ha tolerado siempre que sean impropias o de 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”⁹⁷. Sin embargo, 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”⁹⁸.

Con todo, este mismo tribunal en otra sentencia ha señalado que las leyes penales en blanco propias se adecuan a la constitución cuando “el núcleo de la conducta que se sanciona esta expresa y perfectamente definido” en la norma legal, donde solo se deja a normas de rango infralegal “la misión de pormenorizar” los conceptos señalados en la ley⁹⁹⁻¹⁰⁰. Por otro lado, la norma complementaria que pormenoriza lo señalado en la norma de rango legal no debe contener expresiones vagas o imprecisas y debe estar comprendida en un Decreto Supremo publicado en el Diario Oficial y no en otros actos de menor jerarquía¹⁰¹⁻¹⁰². Sin embargo, desde un punto de vista relacionado con el principio de legalidad, se puede plantear un problema respecto a las leyes penales en blanco propias porque estas pueden afectar el principio de taxatividad o mandato de determinación, cuando para la descripción de las conductas sanciones se hace remisión a disposiciones jurídicas de rango inferior a la ley¹⁰³.

Respecto con las leyes penales abiertas, el hecho de entregar la facultad al juez de complementar un tipo penal no solo atenta contra el principio de legalidad, sino que, además, contra el principio de igualdad¹⁰⁴. Por último, sobre las leyes penales irregulares no existe un fundamento plausible para poder determinar su admisibilidad.

v) Las cláusulas de equivalencia

Por último, otra forma de indeterminación del supuesto de hecho consiste en estas cláusulas que se presentan cuando el legislador prevé mecanismos para que los aplicadores de justicia completen los elementos del supuesto de hecho por la vía judicial, con base en fórmulas que acogen conceptos de diversa índole, como es frecuente en los códigos penales modernos cuando se regulan los delitos de omisión o los delitos culposos o imprudentes, que se castigan de manera general con la pretensión de salvaguardar el principio de legalidad con base en tales “cláusulas”.

⁹⁶ CURY, Enrique, cit. (n. 3), p. 176, advierte que afectan el principio de reserva, pues no son precisos los límites para el intérprete. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal* (Montevideo/Buenos Aires, B. de f., 2007), pp. 59-62.

⁹⁷ Ver STC Tribunal Constitucional Rol n° 2758 c. 12.

⁹⁸ Ver STC Tribunal Constitucional Rol n° 1011, c.4.

⁹⁹ Ver STC Tribunal Constitucional Rol n° 4.12.1984 Rol 24.

¹⁰⁰ MATUS, Jean Pierre, cit. (n. 75), p. 84.

¹⁰¹ Ver STC Tribunal Constitucional Rol n° 27.9.2007 Rol 781.

¹⁰² MATUS, Jean Pierre, cit. (n. 75), p. 84.

¹⁰³ BALDOMINO, Raúl, cit. (n. 65), p. 127.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ, Luis, cit. (n. 63), pp. 237 y 238.

A modo de ejemplo de esta situación de indeterminación del supuesto de hecho, utilizaremos al artículo 4° inciso I de la Ley n° 20.000 o aquella norma que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, el cual señala:

“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”.

El concepto “pequeñas cantidades” ha sido construido por la jurisprudencia en materia penal, así, por ejemplo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió un recurso de nulidad fundamentado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal¹⁰⁵, en el cual se solicitó dictar sentencia de reemplazo respecto de la condena a los imputados en dicho juicio como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de pequeñas cantidades del artículo 4 de la Ley N° 20.000 y no como autores del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo 3° y sancionado en el artículo 1°.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones en la sentencia que falló el recurso de nulidad indicó: “que tal como se ha señalado en los autos Roles 484-2019 y 715-2019 de este Tribunal de alzada, la ley no ha definido el concepto ‘pequeñas cantidades’, lo que ha llevado a que tanto la doctrina como la jurisprudencia acudan, para su definición, a ciertos criterios de carácter indiciario para subsumir los hechos en uno u otro tipo penal. Algunos de esos criterios corresponden a la cantidad de la droga incautada, la pureza o su calidad, el perfil del acusado o su situación socioeconómica, específicamente su patrimonio y la observación de consumo de bienes y servicios lujosos o suntuosos, la implementación de medios de protección de seguridad, la forma en que es ocultada la droga, la tenencia de materiales o elementos de elaboración o distribución, la representación de cuantas dosis es posible obtener de la sustancia incautada”¹⁰⁶. Por lo tanto, la determinación del concepto “pequeñas cantidades” queda entregada a la interpretación que realice el juez por vía judicial.

Por otro lado, cabe recordar que la ausencia de esta cláusula general no invalida las sanciones en comisión por omisión establecidas previamente a la tipificación de una cláusula general. Incluso en aquellos países que aún no cuentan con una cláusula general, nada imposibilita las sanciones a título de comisión por omisión. Sin embargo, su establecimiento obedece seguramente a ciertas necesidades históricas basadas en nuestro país bajo una tradición legalista y formalista.

Todos estos casos señalados anteriormente atentan o son contrarios al principio de taxatividad, donde a nuestro juicio personal, es necesario que la ley describa o determine de la forma más precisa y exacta la conducta que será objeto de una sanción penal. Sin embargo, algunos de estos casos de indeterminación son aceptados en nuestro ordenamiento jurídico como el de las leyes penales en blanco impropias. Por ende, es necesario el estudio de estas figuras previamente para adentrarse en el estudio del artículo 318 del Código Penal.

Mediante la taxatividad penal se pretende, en primer lugar, reducir la imprecisión de los conceptos que se utilizan para fijar comportamientos que se van a considerar como prohibidos, por considerarse que los mismos dan lugar a una conducta delictiva. En segundo lugar, se pretende

¹⁰⁵ Art 373: “Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

¹⁰⁶ VER SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Rol n° 792-2019 C. 5.

lograr la preponderancia de los conceptos descriptivos frente a los conceptos valorativos para la determinación de un delito concreto. Además, mediante la precisión y la utilización de conceptos descriptivos en los tipos penales permite que un ciudadano que no tenga expertiz en el derecho pueda comprender aquellas conductas sancionadas y reprochadas.

II. ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL Y SU CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Posterior a la primera parte de este trabajo de investigación, la cual tenía como objetivo determinar ciertos conceptos previos que son necesarios como base metodológica respecto de la taxatividad de un tipo penal, en este caso el artículo 318 del Código Penal. Para realizar este análisis, en primer lugar, nos referiremos al estado de excepción constitucional; en segundo, trataré la historia de esta disposición y las reformas de la cual ha sido objeto, además de definir el bien jurídico que protege este tipo penal y las distintas concepciones de este; en tercer lugar, es necesario señalar la conducta que se debe ejecutar para configurar este tipo penal y; en cuarto lugar, se señalará si el artículo 318 es una ley penal en blanco y de qué tipo. Finalmente, me referiré a la constitucionalidad de este precepto en relación al principio de taxatividad.

1. Cuestión previa: Estado de Catástrofe

El Estado como cuerpo político, al igual que el hombre, está expuesto a lo largo de su vida a enfrentarse con diversas problemáticas. El Estado sufre contratiempos, vive momentos excepcionales y crisis de diversa índole¹⁰⁷. Es por la existencia del COVID-19 que actualmente en nuestro país rige uno de los tipos de estados de excepción constitucional, específicamente el estado de catástrofe, el cual permite que el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a las personas puedan ser afectados en estas situaciones de anormalidad, como lo es en este caso una calamidad pública.

Es menester señalar qué entenderemos por calamidad pública, la cual consiste en aquellos fenómenos que por causas naturales o humanas produzcan o puedan producir grave daño a la población o a la seguridad nacional¹⁰⁸. No se quiso limitar el origen de la calamidad pública a causas únicamente naturales, pues era perfectamente posible la existencia de ellas derivadas de acciones humanas; como la provocación de una peste por obra de elementos químicos, biológicos o bacteriológicos; por efectos de un bloqueo económico; si se envenena el agua de una población o si se hace volar una represa¹⁰⁹.

Este estado de excepción constitucional ha sido establecido mediante varios decretos que han ido prorrogando su plazo de vigencia¹¹⁰. En primer lugar, se dictó el Decreto Supremo n° 104 con fecha 18 de marzo del año 2020. el cual declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio nacional. Posterior a su vencimiento, se dictó para prorrogar por 90 días más este estado de excepción, el Decreto Supremo n° 169, publicado el 16 de junio del año 2020 ya que se mantenían hasta ese momento, los motivos que generaron la dictación del primer decreto supremo. En tercer lugar, se dictó el Decreto Supremo n° 400 que fue publicado el 12 de septiembre del año 2020 prorrogando nuevamente por 90 días el Estado de Catástrofe, buscando mitigar y controlar los contagios de COVID-19 en nuestro país. Con posterioridad, se dictó un cuarto decreto con fecha de publicación 12 de diciembre del año 2020 donde, al igual que los casos anteriores, se prorrogó por 90 días este estado de excepción constitucional. Por último, el decreto n° 72 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública con fecha 13 de marzo del año 2021 donde se prorroga el plazo señalado anteriormente, debido a que la situación originada por

¹⁰⁷ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Estados de Excepción Constitucional y Reforma Constitucional*, en *Ius et Praxis*. 8 (2011), pp. 223-250.

¹⁰⁸ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, cit. (n. 107) pp. 223-250

¹⁰⁹ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES, sesión 27, de 19 de julio de 1983, pp. 22 y 23.

¹¹⁰ La ley orgánica correspondiente estableció que podrá declararse por un plazo máximo de 90 días, pero el Presidente de la República podrá solicitar nuevamente su prórroga o su nueva declaración si subsisten las circunstancias que lo motivan. (Art. 8°, inc. 1°).

la pandemia COVID-19 aún afecta a gran parte de la población del país y del territorio nacional, subsistiendo las circunstancias que lo motivaron y sin haber cesado estas en forma absoluta.

Mediante este Estado de Catástrofe el Presidente de la República, cumpliendo con lo establecido por la Constitución Política de la República y en conformidad al artículo 43 inc. III¹¹¹ del texto fundamental, permite restringir las libertades de locomoción y reunión. Además, podrá también disponer de requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

2. Historia de la figura del artículo 318 del Código Penal

Para comenzar el desarrollo del artículo 318 del Código Penal, consideramos adecuado realizar un breve análisis histórico de este ilícito, el cual fue modificado recientemente por la Ley n° 21.240, publicada el 20 de junio del año 2020, con la que se buscó un reforzamiento penal de las medidas para evitar el contagio. Este artículo es originario de 1875, año en que se publicó el Código Penal en nuestro país, sin embargo, en 1969 gracias a la Ley n° 17.155 se modificó esta figura con el fin de tener una mayor exigencia de tipificación objetiva respecto a este tipo penal, introduciendo una cláusula expresa de poner en peligro la salud pública.

El artículo 318 es originario del Código Penal de 1874, donde su ubicación se encuentra en dicha época y actualmente en el Párrafo XIV del Título VI —De los Crímenes y Simples Delitos contra el Orden y la Seguridad Públicos cometidos por Particulares—¹¹² dentro del Libro II señalaba lo siguiente:

“El que infrinjere las reglas hijiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempos de epidemia o contajo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos”¹¹³.

La redacción de los delitos contra la salud pública en aquella época obviamente no estaba adecuada a los avances dogmáticos que se tienen a disposición el día de hoy para asegurar el mantenimiento, los principios limitadores del Derecho Penal, por lo que la conducta típica del artículo 318, específicamente, se agotaba con una infracción formal de reglas de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de pandemia o contagio¹¹⁴.

Posteriormente, se realizó una reforma a este delito en 1969, la que quedó plasmada en la Ley n° 17.155, donde se produjo una total renovación al Código Penal en lo relativo a la salud pública¹¹⁵. Esta reforma es de suma relevancia, ya que introdujo como presupuesto típico la necesidad de que la persona que infringe las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, debía “poner en peligro la salud pública”¹¹⁶ y, además, la circunstancia de que las normas

¹¹¹ Art 43 inc. III CPR: “Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”.

¹¹² La redacción original de este título era la siguiente “Título Sexto de los Crímenes i Simples Delito contra el Orden i la Seguridad Públicos cometidos por Particulares”.

¹¹³ Se reproduce tal cual el original.

¹¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 22), p. 292.

¹¹⁵ BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Infracción de reglas hijiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contajo, con peligro para la salud pública: Propuesta de Interpretación* (2020), p. 3. [visible en internet: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/16070.pdf>]

¹¹⁶ Londoño, Fernando, *¿Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis de Código Penal (nueva ley n° 21.240): más micro que macro* (2020), pp. 6 y ss. [visible en internet:

administrativas sanitarias precisan estar debidamente publicadas por la autoridad. Asimismo, se agregó al artículo 318 el tiempo de “catástrofe”, que se igualó o equiparó al de “epidemia” o “contagio”. Como resultado, este artículo se modificó dando como resultado lo siguiente:

“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 uno a cinco sueldos vitales”.

En junio del año 2020, el Congreso Nacional mediante la Ley n° 21.240 no alteró la descripción de la conducta. Sin embargo, elevó las penas hasta los tres años de presidio y hasta 200 UTM que serían alrededor de 10 millones de pesos. Anteriormente la pena estaba establecida entre 61 a 540 días o multa de 6 a 20 UTM que serían de 300 mil pesos a 1 millón de pesos, aproximadamente. Es evidente la intención del legislador de reprimir la realización de esta conducta mediante un aumento exponencial de las sanciones, que en este caso son penas previstas como alternativas. Esto queda reflejado con lo señalado por el diputado Gonzalo Fuenzalida que en la discusión en sala de esta figura: “El proyecto aumenta la sanción aplicable a este delito, de manera que la pena corporal se eleva de presidio menor en su grado mínimo, a presidio menor en su grado mínimo a medio. Por otro lado, el proyecto hace que la multa se aplique siempre, y la eleva desde las actuales seis a veinte unidades tributarias mensuales, a seis a doscientas unidades tributarias mensuales”¹¹⁷.

El fundamento principal del aumento tanto de la sanción privativa de libertad como la pecuniaria, fue producir un efecto disuasivo para la población, influenciando a que se cumpla con el periodo de aislamiento, además de brindar al juez del caso mayores herramientas para ponderar adecuadamente la sanción aplicable en cada caso¹¹⁸.

Luego de esta reforma, el artículo 318 vigente en nuestro sistema jurídico penal quedó como sigue:

“El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales”¹¹⁹.

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”.

Por otro lado, esta reforma a la Ley n° 21.240, agregó una circunstancia agravante de carácter especial que consiste en cometer el delito mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

https://www.criminaljusticenetwork.eu/contenuti_img/LONDONO%20%20Responsabilidad%20penal%20para%20los%20infractores%20de%20la%20cuarentena.pdf Fecha de última consulta: 13 de junio de 2021.

¹¹⁷ En este sentido, ver Discusión en Sala con Fecha 05 de mayo, 2020. Diario de Sesiones en Sesión 18. Legislatura 368. Discusión General.

¹¹⁸ HISTORIA DE LA LEY N° 21.240, p. 71.

¹¹⁹ La modificación de escalas de multas data de 1996, por la Ley n°19.450 donde se sustituyó el uso de sueldos vitales por Unidades Tributarias Mensuales.

La razón de ello fue porque se logró acreditar que, durante los primeros meses de aislamiento sanitario, se realizaron fiestas, carreras clandestinas y expendio de bebidas alcohólicas sin tener autorización, lo que favoreció al riesgo de la salud pública en tiempos de pandemia, aumentándose las probabilidades de contagio y de recarga al sistema de salud¹²⁰.

El fundamento de esta circunstancia agravante no sería otro que la acción de convocar un número indeterminado de personas ostenta una idoneidad probabilística para generar un peligro para la salud de las personas dentro de una comunidad, dado que esta hipótesis se sitúa en que dicho acto es efectuado en una zona con individuos contagiados, y que allí se han tomado medidas sanitarias para evitar la extensión de la enfermedad, las que sería incumplidas por el agente, induciendo además a otros a realizarla infracción¹²¹.

Además, es menester señalar que, mediante esta reforma, en los casos en que el Ministerio Público solicita 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. Por otra parte, cuando se condene a esta pena de seis unidades tributarias mensuales, pero concurren antecedentes favorables que no hagan aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses, transcurrido dicho plazo sin que la persona que cometió dicho ilícito haya sido objeto de una nueva formalización de la investigación o requerimiento, el tribunal competente dejará sin efecto la sentencia y dictará una de reemplazo donde se decretará el sobreseimiento definitivo.

3. Conducta de la figura del artículo 318

El inciso I de este tipo penal establece la conducta objeto de sanción, la cual consiste 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 primer lugar, de la lectura de este artículo podemos señalar que no bastaría para entender satisfecho el tipo penal, la mera infracción de reglas higiénicas o de salubridad emanadas de la autoridad sanitaria, sino que además se debe poner en peligro la salud pública, por ende, la conducta típica estaría constituida por infringir alguna regla higiénica o de salubridad, debidamente publicada por la autoridad sanitaria, en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio, poniendo con ello en peligro la salud pública¹²². Por otra parte, dicha conducta será variable de acuerdo con las reglas vigentes al momento de ejecutarse el ilícito por algún sujeto. A modo de ejemplo, previo al 19 de mayo del año 2021 el hecho de transitar en la vía pública posterior a las 21:00 horas era considerado un hecho típico, sin embargo, posterior a dicha fecha se modificó el horario de inicio de toque de queda a las 22:00 horas.

Luego, al señalar que la conducta constitutiva de poner en peligro la salud pública será determinada por la autoridad sanitaria puede ser blanco de críticas ya que, en esta figura, el núcleo esencial de la conducta no se encuentra definido de manera expresa y detallada en el tipo penal, lo que podría generar cuestionamientos constitucionales de esta figura por ser regulada por normas de carácter infra legales. En resumen, podemos dividir esta conducta en tres actos necesarios: en primer lugar, la conducta realizada en contrariedad a esta norma debe poner en peligro la salud pública; en segundo lugar, dicha conducta debe ser contraria a las reglas higiénicas o de salubridad emanadas

¹²⁰ HISTORIA DE LA LEY N° 21.240 p. 69.

¹²¹ BALMACEDA, Gustavo, cit. (n. 97), p.10.

¹²² LONDOÑO, Fernando, *Comentario al artículo 318*, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (ed.), *Código Penal comentado: parte especial Libro Segundo (arts. 261 a 341)* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019), pp. 519 y ss.

de la autoridad sanitaria, las cuales deben estar debidamente publicadas en el Diario Oficial y; por último, dicha conducta debe además ser realizada en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio.

Es menester tener claridad respecto a qué vamos a entender por tiempos de catástrofe, epidemia o contagio. Por catástrofe, la Real Academia Española de la Lengua entiende que es un “suceso que produce gran destrucción y daño”. Este suceso puede ser provocado tanto por una conducta humana o por fuerzas naturales, teniendo como gran característica que dicho daño es de gran magnitud y de carácter generalizado, el cual afecta a un gran número de personas, deteriorándose con el tiempo los mecanismos normales de higiene y generando un peligro considerable de que se expanda una enfermedad pasando a ser grave su control. Por otro lado, por epidemia el artículo 55 del Código Sanitario la define como: “*la extensión de un foco infeccioso o su multiplicación*”, sin embargo, es necesario determinar qué entenderemos por “*foco infeccioso*” y el mismo artículo 55 señala que es un “*núcleo activo o latente o agentes patógenos en un medio apto para su supervivencia, multiplicación y transmisión, que puede propagar enfermedades infectocontagiosas*”. En estos mismos términos, epidemia sería la propagación o extensión de enfermedades infectocontagiosas dentro de cierto territorio, acometiendo simultáneamente un gran número de personas por un determinado tiempo¹²³. Por último, por contagio debe entenderse en un sentido más amplio que epidemia y es la acción de contagiarse o de contagiar a otra persona.

Respecto con la conducta de este tipo penal la Corte Suprema ha señalado lo siguiente: “Se advierte que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública y castiga la conducta que genere un riesgo para ese bien jurídico; no sancionando simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública”¹²⁴.

En relación con la conducta descrita en este artículo 318 del Código Penal, se han planteado diversas críticas o cuestionamientos. La Corte Suprema se refiere a esto señalando: “Por lo demás, el tipo penal que se cuestiona sí describe la conducta punible, y precisamente porque la describe iniciando su postulado exigiendo que el hecho ‘pusiere en peligro la salud pública’, y ello mediante la infracción de determinados reglamentos, y porque no consiste la conducta típica simplemente en infringir tales reglamentos, es que el análisis debe deslizarse a la cuestión de la clase o naturaleza del peligro exigido, y de cómo la conducta del sentenciado generó o no, ese peligro específicamente requerido por el tipo, con lo cual entramos al análisis no solo de la tipicidad sino, imbricada con ella, en tanto delito de peligro, a la cuestión de la antijuridicidad material de la conducta”¹²⁵.

4. El artículo 318 como tipo abierto

En primer lugar, anteriormente se señaló variados casos de indeterminación respecto al supuesto de hecho en materia de taxatividad siendo los tipos abiertos el primer fenómeno analizado.

En este caso considero que el artículo 318 del Código Penal consiste en un tipo abierto ya que el término “*poner en peligro la salud pública*” genera una indeterminación respecto al supuesto de hecho, ya que dicha conducta no se define exhaustivamente, además no se encuentra delimitada claramente y no se individualiza el comportamiento prohibido o mandado, por otra parte, en la práctica resulta imposible distinguir entre lo permitido y lo penalizado analizando el tipo penal, de manera que se atenta contra la seguridad jurídica y las garantías establecidas para las personas, ya que cualquier ciudadano al leer el tipo penal no puede saber con precisión qué conductas son las prohibidas, atentando contra el principio de taxatividad penal.

¹²³ BALMACEDA, Gustavo, cit. (n. 97), p. 6.

¹²⁴ VID. STC CORTE SUPREMA, Rol n° 131966-20, dictada el 23/4/2021.

¹²⁵ VID. SENTENCIA CORTE SUPREMA del 25.03.2021, Rol n° 125436-20.

5. *El artículo 318 como cláusula general*

Por otro lado, en segundo lugar, respecto a los casos de indeterminación que afectan al principio de legalidad tratamos a las cláusulas generales siendo el segundo fenómeno analizado respecto al supuesto de hecho.

Al tratar las cláusulas generales se alude a conceptualizaciones jurídicas que están en el extremo de la abstracción terminológica y que, por lo mismo, permiten hacer referencia sintética a un amplio número de casos¹²⁶, en el caso del artículo 318 del Código Penal al aludir al término “*poner en peligro la salud pública*” nos encontramos con un término excesivamente amplio convirtiéndose en una verdadera fórmula global, extensiva, la cual puede ser cumplida por una variedad de comportamientos. Se trata, en este caso, de situaciones donde no es posible determinar lo que se quiere regular dada la imprecisión de las palabras o expresiones utilizadas, generando esto que se filtren diversas conductas que pueden o no ser reprimidas, quedando esto a criterio de quienes manejan el poder¹²⁷.

En este caso, al ser el artículo 318 un tipo penal defectuoso, el hecho de “*poner en peligro la salud pública*” puede ser llevado a cabo por un amplio número de conductas generando una afectación a la taxatividad penal ya que no se puede saber con precisión y exactitud qué conductas son las reprochadas.

6. *El artículo 318 como ley penal en blanco*

Por otra parte, es relevante determinar si el tipo penal descrito en el artículo 318 del Código Penal constituye o no una ley penal en blanco.

Sin embargo, estas leyes pueden ser de diversos tipos. Como se señaló *supra* respecto al artículo 318 se puede señalar con certeza que consiste en una ley penal en blanco propia, debido a que existe una remisión a disposiciones de jerarquía inferior a la ley para completar el tipo penal, específicamente mediante resoluciones exentas emanadas de órganos administrativos como es el Ministerio de Salud. En específico la Resolución Exenta n°43 establece que “Dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19 y establece un nuevo plan ‘paso a paso’”, en su capítulo I número II, establece aislamientos con base a horarios; específicamente, en el numeral 5 se señala el aislamiento nocturno o toque de queda donde se prohíbe a los habitantes de la República salir a la vía pública, como medida de aislamiento, entre las 22:00 y 05:00 horas. Empero, dicha franja horaria fue modificada recientemente por otra Resolución Exenta n° 481, que en su considerando 10 señala “*Reemplázase en el numeral 5 de la resolución exenta N° 43, de 2021, del Ministerio de Salud, el horario "21:00" por "22:00"*”. Sin embargo, la remisión que realiza el tipo del artículo 318 de Código Penal tiene un carácter amplio, ya que la sanción podrá aplicarse no solo al caso de la infracción al aislamiento domiciliario nocturno como se señaló anteriormente, sino a casos de cuarentenas específicas por comunas, uso de mascarilla y reuniones masivas no respetando los aforos, lo cual es revelador de que muchas conductas pueden ser objeto de sanción mediante este tipo penal.

Estas modificaciones llevadas a cabo por el Ministerio de Salud son claras al darnos como conclusión que el tipo penal tiene un carácter defectuoso, ya que está definido o desarrollado en normas de carácter infralegal cuyos efectos no son generales y no tiene un carácter abstracto, lo cual permite presentar cuestionamientos a propósito de la constitucionalidad de dicho ilícito. Esto,

¹²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal* (Barcelona, B. de f. 2003), p. 95

¹²⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, cit. (n. 38) p. 192

pues los ilícitos penales son materias de ley en conformidad al artículo 63 n° 3¹²⁸, debiendo ser el Congreso Nacional, mediante el procedimiento respectivo, el generador de normas legales y, además, es el órgano competente para señalar qué conductas son constitutivas de delitos de la manera más clara posible, ya que el parlamento manifiesta la voluntad soberana de los habitantes de nuestro país, debiendo exigirse que ciertas materias de gran relevancia social sean reguladas por normas legales, como es el caso de los delitos de carácter penal.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto a las leyes penales en blanco propias que: “En un ejercicio de interpretación originalista y de permisivismo relativo, este Tribunal ha admitido la existencia de leyes penales en blanco propias bajo estándares restrictivos que pueden resumirse en:

- Que la ley establezca el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infralegal de complemento solamente elementos accidentales del tipo.
- Que la norma de complemento sea un reglamento, dentro de lo cual cabe exigir que sea dictado por el Presidente de la República -contenido entonces en un Decreto Supremo- y que sea de carácter general y abstracto.
- Que sea publicado en el Diario Oficial¹²⁹.

En el caso del artículo 318 nos encontramos con una ley en blanco propia que no cumple con los estándares restrictivos señalados anteriormente.

En primer lugar, si bien se podría decir que la ley establece el núcleo esencial de la conducta sancionada, esto es discutible ya que se podría interpretar el término “poner en peligro la salud pública” como el resultado jurídico (ofensividad) de una conducta, mas no una conducta en sí misma, sin embargo, los tribunales superiores han entendido que la conducta se encuentra descrita en el tipo¹³⁰.

En segundo lugar, la norma que sirve de complemento al tipo penal en este caso no es un reglamento dictado por el Presidente de la República, sino son resoluciones exentas emanadas por el Ministerio de Salud y la subsecretaría de salud pública. Dichas resoluciones no solo han establecido aislamientos en razón de horarios, sino que cordones sanitarios, aislamientos en cuarentenas, medidas de protección para personas vulnerables, uso de mascarilla, medidas de distanciamiento físico e incluso fijación de precios. Esto a juicio nuestro es sumamente crítico, ya que el tipo penal tiene un carácter defectuoso, debido a que no determina con precisión la conducta reprochada, pudiendo ser objeto de sanción penal distintas conductas que pongan en peligro la salud pública. Mediante actos administrativos del Ministerio de Salud, los mismos órganos del Estado no cumplen con la institucionalidad y con los preceptos constitucionales respecto a la creación de ilícitos y la determinación de su supuesto de hecho y consecuencias jurídicas, dejando la regulación a normas infralegales que no cumplen con las exigencias señaladas por el Tribunal Constitucional. En tercer lugar, dichas normas efectivamente se encuentran publicadas en el Diario Oficial cumpliendo la tercera exigencia impuesta por el órgano colegiado.

Continuando con la conducta, el Tribunal Constitucional señala que: “Dentro del núcleo esencial de la conducta se encuentra la mera ‘desobediencia’ a órdenes de la autoridad administrativa. Es decir, si la garantía de legalidad penal quiso privar al poder ejecutivo de la auto atribución de

¹²⁸ Art. 63 Constitución política de la República: “*Son materias de ley. N° 3 Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra (...)*”.

¹²⁹ VID. STC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol n° 895-2020, p. 17.

¹³⁰ VID. SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol n° 125436-2020.

potestades para crear delitos penales, la norma establece justamente un inicio de tal práctica prohibida, recalándose que la norma, dentro de su graduación, contempla una pena de presidio¹³¹.

El tipo se complementa por ‘reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad’, sin señalar específicamente un reglamento y determinando que ‘reglas’ se pueden contener en instrumentos jurídico-administrativos de cualquier tipo, incluida una simple resolución exenta.

Además, a esto se agrega que el alcance territorial de las mismas no ha sido general, pues las medidas sanitarias de pandemia han sido administradas por comunas, lo que determina que el complemento no es de carácter general ni menos abstracto, a lo que se suma que han sido comunicadas por vías radicalmente distintas y heterodoxas, como los matinales de televisión, cadenas nacionales, páginas web, etc. A lo cual se suma que las reglas se modifican en cuestión de días para cada comuna, haciendo virtualmente imposible conocer las de una provincia completa para el ciudadano. La garantía de la *lex certa* se ve así degradada a lo que podría llamarse como la resolución exenta incierta¹³².

El delito se comete ‘en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio’, quedando vagamente delimitado su horizonte temporal y contextual, pues ‘tiempo de catástrofe’ es una referencia amplia distinta al Estado Constitucional de Excepción referido a catástrofe, que entonces no está definida ni delimitada. Además, la referencia a “tiempo de epidemia” o “tiempo de contagio” nada delimita, pues, todos los años existe la temporada de influenza, resfrío común y virus sincicial, además de que el mundo se encuentra en “tiempo de contagio” de algunos males de salud hace décadas, como lo es, por ejemplo, el VIH y todo ello constituye efectivamente un peligro para la salud pública¹³³.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional se ha manifestado respecto a este tema señalando: “En un Estado democrático el *ius puniendi* se traduce en la pena penal, que implica la privación de derechos que incluye parte de los más preciados del ser humano: la libertad personal y sus derechos ciudadanos. En este sentido, encontrándose el poder sometido a derecho, la legitimidad del *ius puniendi* tiene diversos factores, uno de ellos es que la ley - emanada de un órgano electo y que manifiesta la voluntad del soberano- sea la fuente de los tipos penales, a lo que se une el principio de separación de poderes, para que sea administrado en sede judicial, y que no sea usado por los gobernantes de manera diferente a los caracteres de generalidad y abstracción propios de la ley”¹³⁴.

Además, ha señalado esta magistratura respecto a las leyes penales en blanco que: “En este sentido, las leyes penales en blanco vienen a relativizar la función garantista de la legalidad y tipicidad penal. En cuanto a la norma del inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, la doctrina penal sustantiva ha señalado que el inciso noveno del n° 3° del artículo 19 constitucional pareciera proscribir la posibilidad de existencia de leyes penales en blanco, pues ninguna ley podría establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella y esto, indicaría una prohibición de remisión a otras disposiciones, sobre todo si ellas son de una jerarquía inferior. Este criterio, por otra parte, fue defendido por una considerable mayoría de los miembros de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución, de conformidad con cuyo punto de vista la disposición tenía por objeto y significaba la proscripción de toda ley penal en blanco. A su vez, respecto de las llamadas “leyes penales impropias”, este tribunal ha entendido que las remisiones

¹³¹ VID STC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol n° 895-2020, p 17.

¹³² VID STC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol n° 9497-2020, p. 34.

¹³³ VID. STC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol n° 895-2020 p. 18.

¹³⁴ VID. STC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol n° 895-2020 p. 16.

a otros cuerpos con rango y fuerza de ley son constitucionalmente legítimas, restando el examen de las remisiones a normas o actos infralegales¹³⁵.

Por último, respecto a las demás afectaciones analizadas como son el empleo excesivo de elementos normativos y las cláusulas de equivalencia no se realizará un análisis debido a que consideramos que el artículo 318 del Código Penal no emplea excesivamente elementos normativos y el legislador en este tipo penal no prevé mecanismos para que los aplicadores de justicia completen los elementos del supuesto de hecho por la vía judicial.

7. La constitucionalidad del artículo 318 en relación con el principio de taxatividad

Por último, si bien hemos tratado anteriormente de manera breve cuestiones respecto a la constitucionalidad de este artículo, determinamos que se trataría de una ley penal en blanco de carácter propia, la cual atentaría contra el principio de taxatividad penal, ya que el hecho de que su regulación se entregue a normas infralegales que no son un decreto supremo no permite reducir la imprecisión de los conceptos que se utilizan para fijar comportamientos que se van a considerar como prohibidos. Lo anterior, porque no solo una conducta puede poner en peligro la salud pública, sino que varias, desde no usar mascarilla hasta hacer fiestas masivas; esta variabilidad de conductas atenta contra la legalidad y taxatividad penal.

En primer lugar, desde un punto de vista formal se explicó anteriormente que el Tribunal Constitucional en diversas sentencias acepta la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias cuando el núcleo esencial de la conducta está determinado en la ley que se remite a una norma infralegal. Sin embargo, el artículo 318 del Código Penal contiene un verbo rector, pero no una fórmula autodenotativa que dé claridad respecto a lo prohibido, ya que el hecho de poner en peligro la salud pública es el resultado jurídico (ofensividad) de una conducta, no existiendo una fórmula autodenotativa que indique con exactitud la conducta que es constitutiva de este tipo penal.

De esta forma habría, en el caso del artículo 318, un reenvío total ya que, si bien el tipo penal señala una sanción por su contravención y determina el bien jurídico protegido, no indica la forma en que se pone en peligro la salud pública: no hay un verbo rector, ni información sobre su faz subjetiva, dejando su especificación al criterio de la autoridad sanitaria¹³⁶⁻¹³⁷. Sin embargo, en este caso personalmente no compartimos lo señalado por Cousiño y Etcheberry, ya que sí existiría un verbo rector, el cual es el término “poner”, empero, dicho término no contiene una fórmula autodenotativa, pues el propio verbo no nos indica qué es lo prohibido¹³⁸.

Por otra parte, respecto a la exigencia que la ley sea *stricta*, el artículo 318 no cumple este mandato pudiendo alegarse su inconstitucionalidad. Al señalar que la ley es *stricta*, nos referimos a que el precepto que dispone algún delito debe tener un rango legal, siendo menester que la ley describa con precisión la conducta prohibida y determine a su vez la sanción a imponer. Esto se encuentra reconocido en el artículo 19 n° 3 inciso final de la Constitución que establece “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, empero, en este tipo penal la ley no describe con exactitud la conducta y deja a normas infralegales, específicamente, resoluciones exentas, la determinación de qué conductas van a ser consideradas ilícitas¹³⁹. Además, como se señaló anteriormente, pueden ser muchas y variadas, ya que en este caso el núcleo esencial

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 22), pp. 83 y 84.

¹³⁷ COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal chileno: Parte General* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975), p. 84.

¹³⁸ A modo de ejemplo, el artículo 391 del Código Penal el cual regula el homicidio señala el término “El que mate a otro”, lo cual es un verbo que permite entender expresamente que es lo sancionado.

¹³⁹ En este sentido ver Resolución Exenta n° 43 del Ministerio de Salud.

de la conducta no se encuentra en el tipo, generando como consecuencia la posible inconstitucionalidad de este tipo penal.

Respecto con la regulación mediante actos administrativos del Ministerio de Salud, a este le compete ejercer la función que le corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones. Sin embargo, en la práctica este Ministerio regula qué actos van a ser considerados ilícitos, donde existe un reenvío total, según nuestro juicio, y no se respeta el Estado de Derecho donde el Congreso Nacional es el llamado por mandato expreso en la Constitución a regular aquellas acciones u omisiones que son consideradas ilícitas. Al ser el Derecho Penal tan relevante para nuestro ordenamiento jurídico es inconcebible entender, incluso por motivos prácticos, que un órgano que es parte del poder ejecutivo dicte o señale qué conductas serán consideradas contrarias al ordenamiento jurídico. En este punto, coincidimos con Etcheberry que, a su juicio, respecto al órgano creador de Derecho, es un principio absoluto que solamente la autoridad legislativa, esto es, la nación jurídicamente organizada, por medio de sus representantes, es fuente de derecho penal¹⁴⁰.

Por otra parte, respecto a que la ley sea *certa*, esto es, que los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente marcos penales de extensión limitada¹⁴¹ con el fin que el ciudadano sepa con exactitud qué conductas van a ser consideradas prohibidas. Sin embargo, la exigencia de certeza la encontramos implícita en el mandato que la norma legal sea *stricta* porque solo se cumpliría su función de garantía si la descripción legal de los delitos y la conminación legal de las penas es precisa e inequívoca¹⁴².

En el caso del artículo 318, no se cumple este mandato debido a que no se puede saber con precisión qué conducta es la que pone “en peligro la salud pública”. A modo de ejemplo, Fernando Londoño hace una enumeración respecto a qué conductas pueden quedar incluidas en el artículo 318. Estas son:

i) Casos de puesta en peligro para la salud pública por infracciones “desde arriba”, por autoridades o encargados de establecimientos sanitarios. Por todos, valga el ejemplo de infracción al artículo 3° numeral 15 del DS n° 4 del Ministerio de Salud: la autoridad competente que no deniega el ingreso de ciudadanos extranjeros contagiados o sospechosos de contagio; ii) Supuestos en los que no ha mediado orden sanitaria particular, tratándose en todo caso de un particular contagiado que, sabiéndose tal, infringe la cuarentena; iii) El supuesto de quien –no estando contagiado– favorece una concentración no autorizada de personas, representándose y aceptando la presencia de contagiados en el lugar (coincide con el nuevo supuesto de agravación del Art. 318); iv) Un supuesto de carácter discutible, en el que, habiendo mediado orden particular, la infracción del aislamiento por el contagiado no permita afirmar un peligro efectivo de propagación. Aquí puede plantearse el supuesto del contagiado o afectado que quebranta el aislamiento adoptando serias medidas de contención del riesgo (mascarilla idónea y distanciamiento, por lo pronto), sin que ello permita excluir la peligrosidad conforme a una razonable valoración desde la experiencia jurídico-social (y por eso Art. 318)¹⁴³.

¹⁴⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 22), p. 65.

¹⁴¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*[#] (Valencia, Comares, 1993), p. 59 y ss.

¹⁴² CURY, Enrique, cit. (n. 3), p. 168.

¹⁴³ LONDOÑO, Fernando, cit. (n. 98), p. 27.

Posterior a este análisis formal respecto a las exigencias impuestas por el principio de legalidad como base para la generación de ilícitos, es interesante y llamativo que la unidad especializada en lavado de dinero, delitos económicos, medioambientales y crimen organizado de la Fiscalía haya realizado modificaciones mediante oficios en relación, a los criterios de actuación respecto a los delitos contra la salud pública. Así, establece conductas atípicas y justificadas donde no procede la persecución penal, como es el caso de personas en situación de extrema necesidad, personas que portan un permiso o salvoconducto válido, personas que residen en un domicilio distinto al propio para cuidar a otra postrada o en razón de convivencia e incluso se agrega dentro del catálogo de situaciones atípicas, la infracción del aislamiento nocturno sin circunstancias concomitantes que den cuenta del riesgo hipotético requerido por la Corte Suprema¹⁴⁴. Por otra parte, la Corte Suprema en diversas sentencias¹⁴⁵ ha determinado su interpretación respecto del que estima como correcto sentido y alcance del delito previsto en el inciso primero del Art. 318 del Código Penal. De acuerdo con lo afirmado por la Corte, el delito de que se trata se estructura como uno de peligro hipotético, cuya consumación demanda, entonces, la constatación de una circunstancia en que el comportamiento (por sí mismo) posea la aptitud para poner en riesgo la salud pública y esa aptitud se evidenciaría en aquellas situaciones en que el infractor se pone en posición de transformarse en un vector de contagio¹⁴⁶.

Todas estas situaciones, tanto la interpretación realizada por la Corte Suprema como las instrucciones del Ministerio Público, nos permiten inferir y dan cuenta de que no existe una precisión legal e incluso reglamentaria respecto a qué conductas son consideradas típicas. Por lo tanto, deben intervenir órganos distintos al legislador para determinar qué conductas son objeto de reproche y cuáles no, esto debido a que no existe una claridad de lo sancionado, por ende, ¿es el Ministerio Público, la Corte Suprema o el Ministerio de Salud los llamados a determinar la taxatividad del tipo penal?

Por último, consideramos que este tipo penal no cumple con las exigencias impuestas tanto por el principio de legalidad y su vertiente específica que es la taxatividad por lo expuesto anteriormente, al ser una ley penal en blanco propia, no cumple con los requisitos que el Tribunal Constitucional ha determinado para considerar a este tipo de leyes acordes al texto constitucional, debido a que la regulación es llevada a cabo por resoluciones exentas del Ministerio de Salud y no por Decretos Supremos. Por otra parte, no existe un verbo rector o denotativo de una conducta específica que ponga en peligro la salud pública, siendo inexacta su regulación pudiendo provocar serios problemas en la persecución de este delito y en la aplicación de penas a las personas condenadas. Otro problema grave, es que el Ministerio de Salud ha regulado mediante actos administrativos cuestiones determinantes para que se cometa el ilícito del artículo 318 (el cual tiene un carácter defectuoso, como es la definición del toque de queda o el uso de mascarillas en lugares públicos, siendo el Congreso Nacional el representante de la ciudadanía que por expreso mandato debe regular aquellas conductas que son consideradas atentatorias al ordenamiento jurídico. Es por esto por lo que, mientras más eficaz es el derecho fundamental del ciudadano concernido o amenazado, o bien mientras más importante sean los efectos que se produzcan para la ciudadanía y mientras más cuestionada y compleja sea la cuestión para la opinión pública, más precisa y densa deberá ser la regulación legal¹⁴⁷.

¹⁴⁴ VID. OFICIO DE INSTRUCCIONES DE PERSECUCIÓN PENAL, con fecha abril del 2021 del Ministerio Público.

¹⁴⁵ SENTENCIAS ROLES N° 125.436-2020; 149.239-2020 y 131.966-2020.

¹⁴⁶ OFICIO DE INSTRUCCIONES DE PERSECUCIÓN PENAL, con fecha abril del 2021 del Ministerio Público.

¹⁴⁷ BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014), p. 81.

III. CONCLUSIONES

El país y sus habitantes han sido víctimas de una pandemia que ha puesto en situaciones críticas a nuestra sociedad y nos ha revelado lo dañino que puede llegar a ser una enfermedad para el ser humano, provocando muertes y pérdidas irremediables para los habitantes de nuestro país. Sin embargo, no solo el sistema de salud ha realizado una ardua tarea, la cual es admirable, también el ordenamiento jurídico se ha visto afectado por esta pandemia, tratando de penalizar aquellas conductas que puedan poner en peligro la salud pública mediante el incumplimiento de actos emanados por la autoridad sanitaria en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio.

Por otro lado, concluimos que dicho artículo 318 inciso I es una ley penal en blanco de carácter propia donde la autoridad sanitaria mediante resoluciones exentas regula qué conductas complementan el tipo, sin embargo, el núcleo esencial de la conducta no está regulado en el tipo penal e, incluso, no existe un Decreto Supremo de carácter general que permita saber con precisión las conductas tipificadas. Es por esto por lo que se analizó, en la parte final, si este artículo se adecúa a las exigencias del principio de taxatividad cuya respuesta es negativa, ya que al leer el tipo penal, a nuestro juicio personal, no es posible saber con exactitud y precisión qué conducta es objeto de sanción.

Por lo tanto, a modo de síntesis concluimos lo siguiente:

1. En virtud del principio de legalidad de los delitos y penas es necesario que aquellas conductas consideradas contrarias al ordenamiento jurídico y tipificadas como delitos se encuentren desarrolladas en una norma de carácter legal, en virtud, del mandato expreso que el texto constitucional hace al legislador.
2. Que, si bien el titular del ius puniendi es el Estado, este debe estar sujeto a ciertos límites en la realización de dicha facultad como es el principio de legalidad y el de taxatividad que fueron tratados en este trabajo de investigación.
3. El artículo 318 inciso I del Código Penal es un caso de indeterminación del supuesto de hecho, específicamente una ley penal en blanco de carácter propia que no cumple con los requisitos señalados por el Tribunal Constitucional, particularmente con que el núcleo esencial de la conducta este señalado en la ley penal y que la norma reglamentaria solo tenga el fin de complementar dicha norma legal. Por otra parte, tampoco cumple con el requisito de que este complemento se encuentre desarrollado en un Decreto Supremo de carácter general y abstracto ya que, como se evidenció en este trabajo de investigación, el complemento de la norma penal ha sido regulado en Resoluciones Exentas.
4. Además, el artículo 318 inciso I del Código penal no cumple con las exigencias respecto a la taxatividad, ya que no se encuentra desarrollado con precisión y claridad qué conductas son las sancionadas, teniendo que intervenir tanto la Corte Suprema como el Ministerio Público para determinar cuáles son las conductas que ponen en peligro la salud pública y cuáles tienen que ser objeto de persecución penal.
5. Por otra parte, en virtud de lo ya expuesto consideramos que el tipo penal regulado en el artículo 318 inciso I no se adecua a las exigencias constitucionales respecto a la tipificación de delitos, siendo contrario al principio de legalidad y taxatividad, ambos principios que son cardinales para un Estado de Derecho que respete las garantías de los ciudadanos; esto debido a que no hay una determinación clara de lo que es reprochado, dando como resultado que un ciudadano común al leer la norma no entienda qué conductas son las sancionadas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte General* (Santiago de Chile, Ediciones UC, 2020).

ARROYO ZAPATERO, Luis, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 3 (1983), 8.

ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; ARROYO, Luis; GÓMEZ, Juan; ROXIN, Claus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (Barcelona, Ariel, 1989).

BALDOMINO, Raúl, *(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco*, en *Política Criminal*. 4 (2009), 7.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Infracción de reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con peligro para la salud pública: Propuesta de Interpretación* (2020). [visible en internet: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/16070.pdf>] Fecha de última consulta: 13 de junio de 2021.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*¹ (Berlín, Giesecking E.U.W. GmbH, 2016).

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (1764, trad. cast. Madrid, 1968).

BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014).

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts* (Berlín, Nabu Press, 2012).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General, I* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

CASSOLA PERENZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho Penal* (Montevideo-Buenos Aires, B. de f., 2005).

COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal chileno: Parte General* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975).

CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte general*⁸ (Santiago de Chile, Edición Universidad Católica de Chile, 2005).

CURY, Enrique, *La ley penal en blanco* (Bogotá, Temis S.A., 1988).

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*⁸, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998).

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La naturaleza y contenido del mandato de Lex Certa, en la doctrina del Tribunal Constitucional Español*, en *Derecho y Medioambiente* (1998).

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*⁸, I (Lima, Ediciones Jurídicas Grijley, 2007).

GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*⁸, (Lima, Ideas Solución Editorial, 2019).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción el Derecho Penal* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006).

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, I: Parte General*⁸ (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2019).

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política Chilena (1980)*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. 12 (1994).

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*⁸ (Lima, Eddili, 1987).

JESCHECK, Hans-Heinreich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*⁸ (Valencia, Comares, 1993).

KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas* (Madrid, Marcial Pons, 2018).

LONDOÑO, Fernando, *Comentario al artículo 318*, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (ed.), *Código Penal comentado: parte especial Libro Segundo (arts. 261 a 341)* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019).

LONDOÑO, Fernando, *¿Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis de Código Penal (nueva ley n° 21.240): más micro que macro* (2020). [visible en internet: https://www.criminaljusticenetwork.eu/contenuti_img/LONDONO%20_%20Responsabilidad%20penal%20para%20los%20infractores%20de%20la%20cuarentena.pdf].

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I (Madrid, Universitas, 2013).

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ María, Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte general*, (Santiago de Chile, Tirant lo Blanch, 2019).

Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, I (1946, trad. cast. Buenos Aires, 2010).

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte general*⁸ (Barcelona, B. de f., 2006).

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*⁸ (Barcelona, B. de f., 2003).

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*⁸ (Barcelona, B. de f., 2003).

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2010).

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Estados de Excepción Constitucional y Reforma Constitucional*, en *Ius et Praxis*. 8 (2011).

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003).

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, en *Revista de Derecho PUCV*. 8 (1984).

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte General* (Madrid, Dykinson, 1995).

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, I (Santiago de Chile, Civitas, 2015).

ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (Buenos Aires, B. de f., 2014).

SCHEERER HULSMAN; STEINERT CHRISTIE; DE FOLTER MATHIESEN, *Abolicionismo penal* (Buenos Aires, Editorial Sociedad Anónima Editorial Comercial, Industrial y Financiera, 1989), traducción de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Madrid, Marcial Pons, 1992).

VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte general* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, I (2007, trad. cast. Madrid, 1929).

JURISPRUDENCIA

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 792-2019.

Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N.º 682-20

Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N.º 286-20

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 2758.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 1011.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 4.12.1984.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 27.9.2007.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 895-2020.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 895-2020.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 895-2020.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 244.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 2959-16.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 2744-2020.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 9497-2020

Sentencia Corte Suprema Rol N.º 131966-20.

Sentencia Corte Suprema Rol N.º 125436-20.

Sentencia Corte Suprema Rol N.º 125436-2020.

Sentencia Corte Suprema Rol N.º 125.436-2020.

Sentencia Corte Suprema Rol N.º 149.239-2020

Sentencia Corte Suprema Rol N.º 131.966-2020.

OTRAS FUENTES

Resolución Exenta N.º 43 del Ministerio de Salud.

Oficio de instrucciones de persecución penal con fecha abril del 2021 del Ministerio Público.

Discusión en Sala con Fecha 05 de mayo, 2020. Diario de Sesiones en Sesión 18. Legislatura 368.
Discusión General.

Historia de la Ley N.º 21.240.