



www.criminaljusticenetwork.eu

El Tribunal Constitucional reprocha la legitimidad de la respuesta penal chilena a la pandemia: comentario a la sentencia Rol 8950-20 de 5 de enero de 2021

La Corte costituzionale cilena riconosce l'illegittimità costituzionale della risposta penale cilena alla pandemia: commento alla sentenza Rol 8950-20 del 5 gennaio 2021

The Chilean Constitutional Court Recognizes the Constitutional Illegitimacy of the Chilean Criminal Response to the Pandemic: Comment on Rol 8950-20 Judgment of 5 January 2021

Javier Escobar Veas*

* Candidato a Doctor, Universidad Bocconi de Milán

Resumo. El presente comentario tiene por objeto abordar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional chileno, en la cual declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una pena privativa de libertad de 61 días a 3 años, por ser contraria al principio de proporcionalidad, prevista en el artículo 318 del Código Penal, delito que sanciona a quien, en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio, pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas sanitarias publicadas por la autoridad.

Abstract. L'articolo esamina la recente sentenza con cui la Corte costituzionale cilena ha dichiarato incostituzionale - per contrasto con il principio di proporzionalità - la pena detentiva (da 61 giorni a 3 anni) prevista dall'articolo 318 del Codice penale cileno, il quale punisce chiunque, in tempo di calamità o epidemia, metta in pericolo la salute pubblica violando le norme sanitarie ordinate dall'autorità.

Abstract: The article addresses the recent judgment of the Chilean Constitutional Court which declared unconstitutional for disproportion the criminal sanction (from 61 days to 3 years) provided for in Article



www.criminaljusticenetwork.eu

318 of the Chilean Criminal Code, punishing whoever, in times of disaster or pandemic, endangers public health by violating the health measures decreed by the authority.

1. El pasado 05 de enero, el Tribunal Constitucional chileno publicó su sentencia Rol 8950-20, en la cual declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la pena privativa de libertad, de 61 días a 3 años, prevista en el artículo 318 del Código Penal, por ser contraria al principio de proporcionalidad. Cabe destacar que el artículo 318 contempla una pena alternativa, toda vez que la sanción prevista en dicha norma es prisión de 61 días a 3 años o multa de 6 a 200 UTM (de €300 a €11.000). Lo anterior es relevante puesto que el Tribunal Constitucional solamente declaró la inconstitucionalidad de la pena privativa de libertad, mas no de la pena pecuniaria, lo cual permite al tribunal de fondo condenar al imputado e imponer la multa de multa.

El interés con el cual la comunidad jurídica ha recibido la sentencia mencionada se funda en que el delito contenido en el artículo 318 es el tipo penal que las autoridades chilenas invocan para sancionar a las personas que infringen las medidas sanitarias impuestas en el contexto de la pandemia de Coronavirus.

2. La cuestión de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional tuvo que resolver fue planteada por un juez del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en el contexto de un proceso penal seguido en contra de una persona por el delito contemplado en el inciso primero del artículo 318, norma que dispone:

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

En concreto, el Ministerio Público le imputaba al acusado, una persona respecto de la cual no existían pruebas ni sospechas de estar contagiada con coronavirus, que el día 25 de junio de 2020 había sido sorprendido por la policía circulando en la vía pública, no contando con permiso temporal, infringiendo por tanto las medidas sanitarias decretadas por el Ministerio de Salud para zonas en cuarentena.¹

El requerimiento de inconstitucionalidad sostenía que la aplicación del artículo 318 al caso concreto era contraria a los principios de proporcionalidad y legalidad. Respecto al primero de ellos, se argumentaba que no existía una relación de equilibrio entre la sanción contemplada y la conducta imputada. Asimismo, se alegaba que el artículo 318 no entregaba parámetros objetivos para seleccionar la sanción concreta a imponer. En relación al principio de legalidad, el requerimiento sostenía que la norma penal no cumplía con el mandato de

¹ Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Vistos, páginas 2 y 3.



determinación, toda vez que ella no describía el núcleo esencial de la conducta incriminada, sino que se remitía a normas de rango infra legal, dictadas por la autoridad administrativa. Desde esta perspectiva, la norma penal constituiría una ley penal en blanco propia.²

3. La decisión de mayoría de la sentencia, conformada por cinco miembros del Tribunal Constitucional, sostuvo que la aplicación del artículo 318 del Código Penal era contraria a la Constitución, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de libertad. De estos cinco miembros, dos de ellos estuvieron por declarar que el artículo 318 era además contrario al principio de legalidad.

3.1. Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad: en primer lugar, el Tribunal señaló que, del hecho que el legislador haya decidido sancionar penalmente la inobservancia de las medidas sanitarias decretadas por la autoridad, no se sigue necesariamente que corresponda imponer una pena privativa de libertad. Por el contrario, la imposición de una sanción de esta naturaleza exige razones específicas que la justifiquen. Esta justificación, observó el Tribunal, no puede fundarse únicamente en que la inobservancia a estas medidas sanitarias deba tener lugar “en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”, pues dicha circunstancia no añade una gravedad suficiente que permita legitimar la imposición de una pena privativa de libertad.

El Tribunal Constitucional consideró además un argumento de coherencia política pública, observando que “desafía toda racionalidad el hecho que el artículo 318 permita aplicar la pena de presidio, cuando, por las mismas circunstancias, la Ley N° 21.228 ha otorgado un indulto general conmutativo a las personas que se encontraban privadas de libertad, con el objetivo de evitar precisamente el contagio intracarcelario del indicado virus”.

Así las cosas, el Tribunal estimó que “no se han aportado antecedentes que justifiquen considerar la pena de presidio como un medio necesario para salvaguardar la salud pública”, circunstancia que tiene como consecuencia que dicho castigo sea excesivo o desproporcionado, al no guardar racionalidad ni proporción con la conducta realizada por el escarmentado.³

Uno de los cinco jueces que conformaron el voto de mayoría sostuvo, además, que la esencia del delito contenido en el artículo 318 del Código Penal es “el peligro hipotético, presunto, o estadístico que no es materia propia del Derecho penal sino más bien del Derecho administrativo, lo que en definitiva genera la consecuencia que estamos en presencia de una mera infracción de medidas adoptadas por la autoridad sanitaria, que en ningún caso per se posibilitarán la imputación penal”.⁴

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión contenida en el inciso primero del artículo 318, declarando la inaplicabilidad de la expresión “presidio menor en su grado mínimo a medio o”, pena

2 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Vistos, páginas 3 y 4.

3 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 2 a 7 (voto de los Ministros Aróstica y Vásquez).

4 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 30 (voto del Ministro Pozo).



www.criminaljusticenetwork.eu

que, como se ha indicado, en el derecho chileno comprende la privación de libertad desde 61 días a 3 años.

3.2. Como se señaló, dos jueces constitucionales estuvieron por declarar que el artículo 318 era además contrario al mandato de determinación, derivado del principio de legalidad. En relación a las exigencias constitucionales del mandato de determinación, los jueces señalaron que es necesario que la ley establezca el núcleo esencial de la conducta sancionada, “dejando a la norma infra legal de complemento solamente elementos accidentales del tipo”. Por su parte, esta norma de complemento debe ser un reglamento de carácter general y abstracto, dictado por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial.⁵

En relación a la pregunta de si el delito del artículo 318 cumplía con las exigencias constitucionales del principio de legalidad, los dos jueces concluyeron que no. En primer lugar, los jueces observaron que el núcleo esencial de la conducta sancionada era la mera desobediencia a órdenes de la autoridad administrativa. Esto sería contrario al principio de legalidad, pues le concedería a la autoridad administrativa la potestad de crear delitos según su arbitrio. En segundo lugar, los jueces notaron que el tipo penal no limitaba de forma alguna las normas administrativas que podían incorporarse a él, existiendo por tanto completa libertad para la Administración. Finalmente, los jueces consideraron además que el tipo penal no delimitaba su contexto de aplicación, pues la expresión “tiempo de catástrofe, epidemia o contagio” es una referencia amplia que no está definida por la propia ley.

Por estas razones, en opinión de los dos jueces constitucionales la ley no delimitaba el núcleo esencial del tipo penal cuestionado, al punto de no cumplir con el estándar de descripción suficiente exigido por el principio de legalidad, al no ser reconocibles los límites y elementos de la conducta tipificada.⁶

4. Cuatro miembros del Tribunal Constitucional, divididos en dos votos de minoría, votaron por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad planteado.

4.1. El primer voto de minoría, suscrito por los Ministros Brahm y Fernández, funda el rechazo del requerimiento en las excepcionales circunstancias que caracterizan la situación sanitaria mundial y nacional. En efecto, ambos jueces afirman que “no resulta posible, pues importaría desatender circunstancias del caso concreto, sustraer la aplicación del artículo 318 del Código Penal del estado de excepción de catástrofe dispuesto por S.E. el Presidente de la República que lo autoriza para restringir las libertades de locomoción y reunión, atendida la grave situación derivada de la pandemia que todavía azota al mundo entero y a nuestro país, en particular, con la finalidad de asegurar a las personas el derecho a la vida, a la integridad física y síquica y a la protección de la salud”.⁷ Po consiguiente, “el análisis constitucional de

5 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 10 (voto de los Ministros Letelier y Pica).

6 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 11 y 13 (voto de los Ministros Letelier y Pica).

7 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 12 (voto de los Ministros Brahm y Fernández).



www.criminaljusticenetwork.eu

proporcionalidad (...) tiene que ser realizado en el contexto jurídico y fáctico descrito que ha sometido a millones de personas en el mundo y en nuestro país a medidas severas y muy extraordinarias, tendientes a garantizar su vida, salud e integridad física y síquica”.⁸ Ahora, analizando directamente la proporcionalidad de la sanción prevista en el artículo 318, los jueces que suscriben este voto concluyen que ésta no aparece desproporcionada, “atendido el bien jurídico protegido, en el marco de la extrema situación que conlleva la pandemia que afecta al mundo entero desde hace ya varios meses”.⁹ Por lo demás, no cabe olvidar, en opinión de los jueces, que la determinación de la pena a imponer, en caso de existir condena, corresponde al juez, ejercicio que se encuentra sujeto a un extenso conjunto de reglas, las cuales incluso permiten rebajar la sanción establecida por el legislador, en consideración a las circunstancias concretas del caso, evitando, de esta manera, excesos punitivos.¹⁰

4.2. Una aproximación ligeramente distinta adopta el segundo voto de minoría, suscrito por los Ministros García y Silva. En cuanto a la proporcionalidad de la sanción, los jueces constitucionales observan, en primer lugar, que la determinación judicial de la sanción no depende solo de lo solicitado por la acusación, sino que también de lo expuesto por la defensa y las normas sobre determinación de la pena, reglas que incluyen circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y otras circunstancias del caso. Además de lo anterior, en relación a la pena de multa, el Código Penal permite una graduación judicial de la pena pecuniaria mediante su rebaja, considerando las facultades económicas del culpable, siendo incluso posible rebajarla más allá del monto señalado por la ley. En base a estas consideraciones, los jueces afirman que “no se ve cómo se pudo comprometer el principio de proporcionalidad”.¹¹

Sin perjuicio de lo anterior, este voto de minoría advierte la necesidad de adoptar una interpretación del artículo 318 conforme a la Constitución. A este respecto, los jueces constitucionales observaron que el requerimiento cuestionaba que el delito del artículo 318 fuese interpretado como un ilícito de mera desobediencia, lo cual es correcto. A fin de evitar tal interpretación, este voto de minoría plantea que el delito del artículo 318 debe ser interpretado como un ilícito de peligro concreto de contagio, siendo necesario, por tanto, que la conducta sancionada genere un riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria.¹²

5. La sentencia del Tribunal Constitucional chileno ofrece la oportunidad de

8 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 20 (voto de los Ministros Brahm y Fernández).

9 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 23 (voto de los Ministros Brahm y Fernández).

10 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 25 a 31 (voto de los Ministros Brahm y Fernández).

11 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 20 a 22 (voto de los Ministros García y Silva).

12 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, Considerando 30 (voto de los Ministros García y Silva).



reflexionar, si bien en términos generales, sobre el principio de proporcionalidad de las sanciones.

La prohibición de sanciones desproporcionadas constituye un límite al sistema sancionatorio, impidiendo establecer o imponer sanciones irrazonablemente severas en relación a la gravedad de la conducta imputada.¹³

El Tribunal Constitucional chileno ha abordado la prohibición de sanciones desproporcionadas con particular intensidad en la última década.¹⁴ A este respecto, el Tribunal ha señalado que el principio de proporcionalidad en materia de sanciones supone una “relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal”.¹⁵ Asimismo, el Tribunal ha sostenido que el principio de proporcionalidad exige que las normas jurídicas establezcan criterios objetivos a efectos de determinar la concreta sanción a imponer, reprochando a la autoridad cuando dichos parámetros no existen.¹⁶

No parece posible estar en desacuerdo con lo anterior, al menos a nivel teórico. Sin embargo, los problemas de proporcionalidad rara vez son de esta índole, sino que, por el contrario, los verdaderos desafíos en materia de proporcionalidad surgen en el momento en que los tribunales intentan aplicar la garantía. Lo anterior por cuanto la aplicación de la prohibición de sanciones desproporcionadas es siempre una cuestión de compleja resolución, al no existir una frontera clara que marque el punto en el cual la entidad de la sanción se convierte en constitucionalmente intolerable.

Como consecuencia de lo anterior, primero, los problemas de proporcionalidad están siempre relacionados directamente con las circunstancias concretas del caso que se juzga y, segundo, el razonamiento elaborado por el tribunal para justificar su decisión reviste fundamental importancia. Sólo a través del razonamiento del tribunal, y considerando las razones públicas en él expuestas, la comunidad jurídica puede decidir si la resolución de la cuestión de proporcionalidad es legítima o no.

Es en este último punto donde, lamentablemente, se encuentran las mayores debilidades de la sentencia del Tribunal Constitucional. El voto de mayoría se basa exclusivamente en la afirmación de que el hecho imputado -haber estado transitando por la vía pública en una zona en cuarentena sin contar con el permiso correspondiente, sin que existiese, a su respecto, pruebas o sospechas de estar contagiado con coronavirus- no sería merecedor de una pena privativa de libertad. Sin embargo, la sentencia no explica suficientemente el porqué de dicha afirmación, ni la metodología de comparación utilizada. Por el contrario, el Tribunal

13 Clapp, Randy (1979), “Eighth Amendment Proportionality”, *American Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 2, p. 253; Stinneford, John (2015), “Dividing Crime, Multiplying Punishments”, *U.C. Davis Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1986.

14 Al respecto, ver Navarro, Enrique (2018), “Notas sobre el Principio de Proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Público*, número especial, páginas 309-322.

15 Tribunal Constitucional, sentencia 2922-15, Considerando 19. En igual sentido, sentencia 5018-18, Considerando 4.

16 Tribunal Constitucional, sentencia 2922-15, Considerando 45.



www.criminaljusticenetwork.eu

solamente expresa, con una capacidad de síntesis sorprendente, que “no existen fundamentos, ni ahora se han aportado antecedentes, que ameriten considerar la pena de presidio como un medio para salvaguardar la salud pública”,¹⁷ afirmación más que discutible, habida cuenta de los múltiples otros delitos que tutelan la salud pública y que el legislador ha sancionado con una pena de prisión.¹⁸ ¿Por qué una sanción de prisión, incluso de 61 días, sería desproporcionada en relación a la conducta imputada? ¿Habría resuelto lo mismo el Tribunal si el imputado hubiese estado contagiado con coronavirus o si, incluso sin haber estado contagiado, el imputado hubiese tomado un ascensor con más personas sin respetar el uso de mascarilla o distanciamiento físico? Son estas las preguntas que quedan abiertas.

Cabe además considerar que el voto de mayoría no declaró la inconstitucionalidad de la pena pecuniaria, la cual puede alcanzar hasta 200 UTM (€11.000). De esta manera, para el Tribunal Constitucional sería desproporcionada una pena de prisión de 61 días, mas no una multa de €11.000. Son estas las preguntas que quedan abiertas.

Como consecuencia de lo anterior, todo pareciera indicar que los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno estarán limitados al caso concreto que ella ha resuelto, resultando difícil que ella constituya un precedente fuerte para futuros casos.

17 Tribunal Constitucional, sentencia 8950-20, página 12.

18 Por ejemplo, el título XIV del Libro Segundo del Código Penal chileno se titula, precisamente, “Crímenes y Simples Delitos contra la Salud Pública”.