



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

**MINUTA DEP**

**JURISPRUDENCIA DE CORTE SUPREMA Y TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL RELATIVA AL ARTÍCULO 318 DEL  
CÓDIGO PENAL**

## ÍNDICE

<b>I. CORTE SUPREMA</b> .....	3
<b>II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b> .....	3
<b>III. LAS DELIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 318 CP A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b> .....	5
<b>IV. DEFENSA EN AUDIENCIAS</b> .....	5
a. Control de detención.....	5
b. Audiencias programadas.....	6
c. Procedimientos monitorios .....	6
d. Medidas cautelares .....	6
e. Salidas alternativas.....	6
f. Recursos.....	6
g. Requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad .....	6

## I. CORTE SUPREMA

### SCS Rol N° 125.436-2020

1. La tesis jurisprudencial adoptada por la CS en esta sentencia que acoge el recurso de nulidad de la DPP, por errónea aplicación del derecho (art. 373 b / 376 iii CPP) es a grandes rasgos la siguiente:
  - El delito del art. 318 CP no es un delito de peligro abstracto (cons. 6°).
  - Es un delito de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, es decir que haya sido idóneo para generar un riesgo específico y mensurable en relación al bien jurídico protegido salud pública (cons. 6°).
  - La categoría de delito de peligro abstracto-concreto no implica que sólo personas contagiadas con Covid-19 puedan cometer el delito (cons. 7°)
  - En el caso concreto, el sujeto circuló en compañía de otra persona, luego de 20 minutos de iniciado el toque de queda. La Corte señaló que esto no satisface la exigencia de peligro, ni concreto, ni hipotético (cons. 10° y 11°)
  - El Ministerio Público se equivoca en su requerimiento, cuando imputa la comisión del delito “de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad”. Ese delito no existe; existe en cambio el de poner en riesgo la salud pública mediante tales infracciones. No basta simplemente la constatación formal de haberse infringido una orden administrativa (cons. 10°).
  - El toque de queda tiene por finalidad restringir las aglomeraciones de personas, estas si son hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo (cons. 11°).
  - La infracción al toque de queda es punible en sede penal solo si conlleva idoneidad de riesgo propia, p.ej. dirigirse a una reunión con muchas personas (cons. 11°).
  - En este caso en particular, no existe antijuricidad material de la conducta ni tampoco tipicidad, aspectos especialmente imbricados que llevan a acoger el recurso de nulidad por la segunda causal de nulidad (cons. 12°).
  - SENTENCIA DE REEMPLAZO: los hechos han constituido solo una infracción administrativa, sancionable a ese título, pero no un delito penal, lo cual impone la necesaria absolución del imputado requerido. No es la autoridad administrativa, a través de sus resoluciones o reglamentos, quien puede establecer cuándo una conducta resulta sancionable a título penal (cons. 2°).

### SCS Rol N° 149.239-2020

Ratifica lo fallado en la sentencia anterior, señalando: *“La sola infracción al toque de queda, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora –y sancionable- en sede no penal y solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, lo que ocurriría por ejemplo si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso” [cons. 5°]*

### SCS Rol N° 131.966-2020

Ratifica lo fallado en ambas sentencias anteriores, extendiendo además, de oficio, la sentencia de reemplazo absolutoria a coimputado que no recurrió de nulidad.

## II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad STC 8950 – 20

Esta sentencia, corresponde a la única causa en que el Tribunal Constitucional ha expedido sentencia acogiendo un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal. El requerimiento fue

acogido parcialmente y en votación dividida.

Los dos Ministros que estuvieron por acoger parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad —Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez—y, por lo tanto, declarar inaplicable únicamente la sanción privativa de libertad contenida en la frase “*presidio menor en su grado mínimo a medio*”, sustentaron su posición en una infracción al principio de proporcionalidad, pero no la existencia de una ley penal en blanco.

Los principales argumentos para afirmar la transgresión al principio de proporcionalidad son: (a) *la Ley N° 20.724, del año 2014, y sobre la base de lo razonado en STC Rol N° 1518-09, derogó la pena de prisión que contemplaba el artículo 169 del Código Sanitario, quedando únicamente la multa como sanción por las infracciones de sus disposiciones (artículo 174).* (b) *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 intra carcelario.* (c) *No se han aportado antecedentes que justifiquen considerar la pena de presidio como un medio necesario para salvaguardar la salud pública, todo indica que dicho castigo deviene excesivo o desproporcionado, al no guardar racionalidad ni proporción con la conducta realizada por el escarmentado.*

Por otra parte, tres Ministros estuvieron por acoger íntegramente el requerimiento de inaplicabilidad, estimando que la figura típica contenida en el artículo 318 CP constituye una Ley Penal en Blanco que no satisface el estándar constitucional previsto en el inciso final del art. 19 N° 3 CPR. Así, los Ministros Cristián Letelier Aguilar y Rodrigo Pica Flores estimaron que *[Q]ueda claro que la delimitación del tipo no es clara ni delimitada en su núcleo esencial por la ley, al punto que no se cumple el estándar de descripción suficiente ni de ley cierta, de acuerdo a los estándares de permisividad de leyes penales determinados por esta Magistratura a partir de su sentencia Rol N° 24, al no ser reconocibles los límites y elementos de la conducta tipificada. Adicionalmente, resalta el incumplimiento de tales estándares al poder ser complementada la norma impugnada por actos administrativos de efectos particulares y diferentes de un reglamento general y abstracto.*

Por su parte, el ministro Nelson Pozo Silva está por acoger íntegramente el requerimiento, dando cuenta de la relevancia del principio de lesividad y la necesidad de que la conducta sea idónea para poner en peligro bienes jurídicos, concluyendo además que el tipo penal del artículo 318 CP no contiene una conducta, vulnerando también el principio de taxatividad. Para afirmar su posición, señaló que *el legislador no modificó, luego de la dictación de la Ley N° 17.155, en lo sustantivo la descripción típica del artículo 318 del Código Penal, puesto que la cuestión esencial 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 se posibilitarán la imputación penal. La protección de bienes jurídicos supra individuales como es la salud pública típica delitos de peligro abstractos, tal como sucede con el artículo 318 y 318 bis, lo que redundante, que en todo caso se debe probar por el persecutor penal si “ex ante” la conducta era idónea para afectar la salud pública. En resumen, y en relación a este aspecto para que exista una intervención del Derecho penal deben concurrir tres requisitos: infracción de la medida sanitaria, que la conducta sea idónea “ex post” atendida las circunstancias necesarias para afectar la salud pública y, por último, que el sujeto supiera que su conducta era idónea para afectar efectivamente la salud pública [...] En definitiva, la mera expansión de los instrumentos punitivos del Estado, circunstancia que omite la reconducción material de la lesividad de la conducta a un bien jurídicamente protegido - elemento normativo- conduce al Estado a la configuración de un derecho penal de desobediencia, en el cual el castigo se sustenta en una ausencia de descripción de la conducta sancionada, pues el utilizar la oración “poner en peligro la salud pública”, tiene como contenido un resultado. En otras palabras, estamos ante un delito que carece de conducta,*

*produciendo un factor o elemento derivado, que es una norma inconstitucional en el caso concreto, por vulnerar el “principio de taxatividad,” consagrado en el artículo 19 N°3, inciso noveno de la Carta Política.”*

## **Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad STC 9373 - 20**

En adición a la sentencia anterior, el Tribunal Constitucional ya ha adoptado acuerdo en esta causa, acogiendo por unanimidad el requerimiento de inaplicabilidad impetrado por la DPP, en relación a la incompatibilidad de persecución penal por el delito previsto en el artículo 318 CP cuando existe imposición de multa en el contexto de un sumario sanitario. Los argumentos planteados por la DPP, decían relación con una infracción al principio *non bis in ídem*, en sus vertientes sustantiva (doble sanción) y procesal (doble persecución), como expresión de una transgresión al principio de proporcionalidad. La sentencia se encuentra en redacción.

### **III. LAS DELIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 318 CP A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La conjunción de las resoluciones adoptadas por los máximos tribunales de justicia nos lleva a concluir que:

- 1. Para que se puede imputar responsabilidad penal por el artículo 318 CP, es imprescindible que exista el despliegue de una conducta idónea para poner en peligro la salud pública, en otras palabras, creación de un riesgo específico en relación al bien jurídico protegido.**
- 2. La mera infracción de las resoluciones administrativas no configura el delito previsto en el art. 318. Esta es una conducta atípica que también carece de antijuricidad material.**
- 3. El Ministerio Público siempre debe acreditar: (1) Satisfacción de los elementos típicos del artículo 318 CP: infracción de la resolución administrativa; generación de un riesgo hipotético, pero específico de contagio. (2) Existencia de antijuricidad material de la conducta, entendida como aquella posibilidad de que efectivamente el peligro específico e idóneo generado, sea susceptible de afectar el bien jurídico protegido salud pública.**
- 4. La solicitud e imposición de penas privativas de libertad infringe el principio de proporcionalidad.**
- 5. La persecución penal en caso de existir un sumario sanitario es desproporcionada y vulnera el non bis in ídem.**

### **IV. DEFENSA EN AUDIENCIAS**

#### **a. Control de detención**

En caso que el parte policial logre acreditar únicamente la vulneración de la resolución administrativa, pero no el peligro específico y no siendo la mera infracción de la regla administrativa susceptible de configurar el delito, debe solicitarse la ilegalidad de la detención por atipicidad de la conducta. La reiteración es irrelevante mientras no se acredite la generación de peligro (p.ej. detención en horario de toque de queda en una reunión de personas).

Siendo la conducta atípica, debe solicitarse el sobreseimiento definitivo en virtud del art. 250 letra a) CPP.

#### b. Audiencias programadas

- Solicitud de sobreseimiento definitivo por art. 250 a) CPP respecto al art. 318 CP.
- Eventual sobreseimiento definitivo por transcurso del plazo de prescripción de la acción penal para las faltas, en los términos de los arts. 250 d) CPP; 93 N° 6 y 94 CP.
- Oposición frente a órdenes de detención por falta de comparecencia: atipicidad de la conducta, falta de antijuricidad material, infracción al principio de proporcionalidad y a la racionalidad que debe desprenderse de una investigación racional y justa (art. 19 N° 3, inciso vi CPR). Si se trata de un juicio simplificado, debe también invocarse la suspensión del plazo previsto en el art. 393 CPP según lo previsto en el art. 7° de la Ley N° 21.226.
- La suspensión del plazo previsto en el art. 393 CPP no es incompatible con la solicitud de sobreseimiento definitivo por art. 250 a) CPP.

#### c. Procedimientos monitorios

- Si se aplicó el art. 398 CPP, debe dejarse transcurrir el plazo, que no se encuentra suspendido en virtud del art. 7 de la Ley N° 21.226 y luego de expirado, solicitar el sobreseimiento definitivo.
- Si no se aplicó el art. 398 CPP, debe instarse nuevamente por el sobreseimiento definitivo por atipicidad de la conducta e inexistencia de antijuricidad material, o bien, por transcurso del plazo de prescripción para las faltas, en los términos de los arts. 250 d) CPP; 93 N° 6 y 94 CP.

#### c. Medidas cautelares

- Oposición a cualquier medida cautelar: atipicidad de la conducta es incompatible con presupuesto material de existencia del delito, art. 140 a) CPP. Además, resulta contrario a la CPR la solicitud de penas privativas de libertad (invocar el Fallo STC 8950), por lo que decae la necesidad de cautela, art. 140 c) CPP.

#### d. Salidas alternativas

- Oposición en caso de que no se vea factible la acreditación de peligro hipotético.
- Evaluación caso a caso en supuestos de reiteración; concurrencia de otros delitos (p.ej. falsedades documentales); y antecedentes robustos que puedan dar cuenta de la generación de peligro hipotético.

#### e. Recursos

- Acción constitucional de amparo, siempre caso a caso y previa evaluación con Defensoría Regional y Unidad de Corte Defensoría Nacional.
- Recurso de nulidad: por errónea aplicación del derecho, art. 373 b) ante ICA o CS, previo análisis de la Defensoría Regional y, eventualmente de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional.

#### f. Requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

- Siempre deben evaluarse previamente las posibilidades de conseguir un sobreseimiento definitivo.
- Solo para causas en que se soliciten penas privativas de libertad o existe en paralelo un sumario sanitario.
- Evaluación caso a caso con Unidad de Corte de la Defensoría Nacional.