

APLICACIÓN RETROACTIVA DE MODIFICACIONES A NORMAS COMPLEMENTARIAS
A LEYES PENALES EN BLANCO EN CONTEXTO DE APLICACIÓN DEL ART. 318

FELIPE MORGAN SIEFER
Pontificia Universidad Católica de Chile

El art. 318 del Código Penal contiene la exigencia de que la puesta en peligro a la salud pública que este tipifica penalmente solo se sancione en la medida en que simultáneamente se infrinjan “reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad”, remitiéndose a normas administrativas, de carácter infralegal, para completar la descripción contenida en el tipo penal, configurándose así el referido artículo como una norma penal en blanco. A su vez, el poder ejecutivo ha dictado normas administrativas para limitar el libre tránsito en determinados territorios y/u horarios, con el objeto de disminuir la difusión del virus SARS-CoV-2 mediante la restricción parcelada de la circulación y contacto social. Ha sido, por lo tanto, el art. 318 el invocado por el sistema penal nacional para sancionar las conductas de quienes se han movilitado por la vía pública durante horario de vigencia del coloquialmente denominado “toque de queda”. Atendidas las numerosas modificaciones de los protocolos y planes sanitarios impulsados por el poder ejecutivo, que han ampliado o disminuido las restricciones según el estado de la pandemia de COVID-19 en el territorio nacional, los tribunales nacionales han debido resolver, ante las solicitudes de las defensas, si acaso la eliminación de restricciones en determinados territorios y/u horarios podría ser considerada una modificación favorable que, aplicada retroactivamente, eximiría de pena a aquellos que fueron imputados o condenados por el incumplimiento de dichas restricciones cuando se mantenían vigentes, conforme al art. 18 del Código Penal y el N° 3 del art. 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

I. FALLOS QUE ADMITEN EL EFECTO RETROACTIVO FAVORABLE DE MODIFICACIONES A
NORMAS LIMITATIVAS AL DESPLAZAMIENTO PÚBLICO

En el período comprendido entre mediados del año 2020 y mediados del año 2021, ha sido solamente la Corte de Apelaciones de Coyhaique la que –fundándose en criterios de proporcionalidad, prohibición de exceso, fin preventivo de la pena e idoneidad de la misma– ha admitido que la eliminación del *toque de queda* en determinado horario debe ser considerada como una modificación favorable de la norma punitiva que habilitaría su aplicación retroactiva para dispensar incluso a aquellos que la incumplieron cuando la prohibición de circulación en la vía pública sí se encontraba rigiendo.

1. Rol N° 270-2020 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique

“*Cuarto:* Que, en razón de lo anterior cabe señalar que nos encontramos ante una ley penal en blanco propiamente tal, pues a través de actos administrativos emanados de la autoridad competente, se fija el horario de prohibición de desplazamiento en la vía pública, siendo estas resoluciones verdaderas disposiciones normativas que complementan o determinan el texto legal a través de lo emanado de la autoridad administrativa, integrando o complementando el tipo penal consagrado en el artículo 318, del Código Penal, formando parte del núcleo de la prohibición de la conducta desplegada por el agente y que fundamenta la ilicitud de dicha conducta.

“*Quinto:* Que, con ello, al modificarse la regulación temporal de la conducta constitutiva de delito, es posible estimar que ya no existe, en dicho margen de tiempo de una hora, la ilicitud del actuar anteriormente prohibido por la norma legal referida, procediendo en consecuencia la aplicación de la ley penal más favorable por *proporcionalidad o prohibición de exceso*, toda vez que, si se dicta una ley que elimina la punibilidad de una conducta, la sanción penal pretendida por el mismo hecho, de acuerdo a la anterior ley, ya no cumpliría *ningún efecto de prevención general ni especial* y de no acontecer aquello, se castigaría un hecho con una *pena que no sería idónea* para el fin de prevención del delito [...]”.

2. Otros fallos con el mismo criterio

Roles N°s. 357-2020, 46-2021 y 139-2021 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

II. FALLOS QUE DENIEGAN EL EFECTO RETROACTIVO FAVORABLE DE MODIFICACIONES A NORMAS LIMITATIVAS AL DESPLAZAMIENTO PÚBLICO

En cambio, la tendencia mayoritaria en la materia —sin perjuicio de la existencia de algunos votos disidentes—, acogida incluso por la misma Corte de Apelaciones de Coyhaique en otros fallos, ha sido la de denegar la aplicación retroactiva favorable de las eliminaciones de las restricciones de desplazamiento, fundándose dicha tesis principalmente, entre otras razones, en el carácter esencialmente transitorio de las normas complementarias de leyes penales en blanco y en la permanencia de la valoración jurídica negativa de la conducta que fue realizada bajo el imperio de la norma complementaria ya no vigente, recurriendo reiteradamente la judicatura a la opinión del profesor Enrique Cury en la materia.

1. Rol N° 342-2020 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique

“*Sexto*: Que, con ello, cabe señalar que los hechos imputados y el contexto en el que se produjeron, son constitutivos del delito de infracción a las reglas higiénicas de salubridad pública, previsto en el artículo 318 del Código Penal, no siendo trascendental, a juicio de estos sentenciadores, la modificación en el horario de la medida de aislamiento domiciliario establecida por la Resolución Exenta N° 693, del Ministerio de Salud, que modificó en lo pertinente la Resolución Exenta N° 591, toda vez que éste sólo obedece a *razones técnicas sanitarias* adoptadas por la autoridad de salud, *esencialmente transitorias*, que *no obedecen a la valoración jurídica de la conducta* antes prohibida, ya que el solo hecho de infringir o incumplir el aislamiento sanitario pone en riesgo el bien jurídico protegido de la salud pública, por las posibilidades de propagación del COVID 19.

Séptimo: Que, asimismo, no resulta atendible la aplicación retroactiva de la modificación a la norma complementaria cuando sólo dice relación con un *cambio de circunstancias*, esto es, el horario de inicio de la medida de aislamiento, toda vez que no afecta ni alcanza la valoración jurídica de la conducta ni del tipo penal sancionado, ya que *no desaparece la necesidad preventiva general y especial* de la pena para el comportamiento cometido por el imputado antes de la modificación reglamentaria, manteniéndose el hecho como peligroso para el bien jurídico protegido y la *necesidad de disuasión a la población*, motivos por los cuales no procede el sobreseimiento definitivo decretado por no concurrir la hipótesis legal contenida en el artículo 250, letra d), del Código Procesal Penal, tal como se dirá”.

2. Rol N° 786-2020 de la Corte de Apelaciones de La Serena

“[...] Lo anterior implica una aplicación racional del Derecho el cual viene reconocido en la doctrina en razón de las leyes penales temporales, las cuales importan una limitación a la aplicación del artículo 18 del Código Penal, pues si así no fuese, el ordenamiento penal caería en un absurdo, pues se buscaría penalizar una conducta dado un determinado *contexto consabidamente transitorio*, pero luego, cesada la transitoriedad, desaparecería la sanción, o bien, se buscaría analizar esa sanción bajo un contexto diverso que no era el que gobernaba la situación en la fecha en que se cometió el ilícito.

En el fondo el *legislador sigue reprochando* que no se cumpla con las medidas que dispone la autoridad sanitaria. Luego, la forma en que se verifique el incumplimiento puede mutar conforme a un contexto determinado, pero eso no quiere decir que el disvalor de la conducta mutó, siendo allí donde radica el ratio del artículo 18 del Código Penal” (considerando 5°).

3. Rol N° 685-2020 de la Corte de Apelaciones de Valdivia

“*Cuarto:* Que lo anteriormente expuesto no experimenta modificación alguna, en concepto de esta Corte, por la sola circunstancia de haber mutado por orden de la autoridad el horario de restricción de circulación con posterioridad, retardando su inicio en una hora (23:00 horas), conforme lo dispusieron las Resoluciones [...], toda vez que no se vislumbra en ello haber existido una *revalorización político criminal* del hecho que se investiga y persigue, manteniéndose intacta la descripción esencial de la acción, así como la intensidad del reproche jurídico que tenía al momento de su ejecución, advirtiéndose además que el horario detallado no constituye parte del núcleo de la conducta típica que se persigue y que tiende a asegurar el bien jurídico ya especificado, obedeciendo a un aspecto que viene a complementar la faz objetiva del tipo, esencialmente temporal y modificable acorde a los requerimientos derivados de la evolución de la situación epidemiológica nacional o local, según el caso, y en consonancia con las recomendaciones precisas emanadas de la Organización Mundial de la Salud (OMS), destinadas a evitar contagios y un resultado letal en mayor número de personas [...]”.

4. Otros fallos con el mismo criterio

Rol N° 352-2020 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol N° 348-2020 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol N° 1241-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1242-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 789-2020 de la Corte de Apelaciones de Temuco.