



Santiago, cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

A fojas 1, con fecha 17 de abril de 2017, Gina Gattamelati Bertolini dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 491, inciso primero, del Código Penal, para que surta efectos en el proceso penal seguido en su contra ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, por la posible comisión de cuasidelito de lesiones graves (RUC 1300580570-2, RIT 10254-2013), actualmente con audiencia de juicio oral simplificado pendiente de realización; y suspendida en su tramitación conforme a lo ordenado por la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, por resolución de 18 de abril de 2017 (fojas 90).

La misma Sala admitió a tramitación el requerimiento (fojas 90) y, luego de oír los alegatos de las partes, lo declaró admisible (resolución de 18 de mayo de 2017, a fojas 122). Posteriormente, se confirieron los traslados acerca del fondo a los órganos constitucionales y a las demás partes, formulando el Ministerio Público oportunamente sus observaciones, y solicitando el rechazo de la acción deducida.

El precepto legal cuestionado dispone que:

El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

En cuanto a la gestión judicial en que incide el requerimiento, cabe consignar que el Ministerio Público, conforme al artículo 491 del Código Penal impugnado, en relación con el artículo 490 N° 2 del mismo cuerpo legal, interpuso requerimiento en procedimiento simplificado contra la requirente como autora de cuasidelito de lesiones graves en la persona de Jenny Valencia Díaz, quien sufrió una infección postoperatoria bacteriana en el hospital de Carabineros de Chile que la dejó con lesiones graves, producidas directamente por la negligencia inexcusable de la actora en autos, señora Gina Gattamelati Bertolini, quien en su calidad de enfermera de la unidad de endoscopia, no supervisó acuciosamente el proceso de lavado y esterilización de instrumentos quirúrgicos, en concreto el equipo Dueodenoscopio ocupado en la intervención quirúrgica, en forma previa a la operación de colecistectomía laparoscópica a que fue sometida la señora Valencia, producto de lo cual derivaron las lesiones graves sufridas por la víctima a consecuencia de una infección postoperatoria.

Por sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, la requirente fue condenada como autora del delito mencionado a la pena de multa de 11 UTM, pero esta sentencia así como el juicio oral fueron anulados por la Corte de Apelaciones de Santiago, por la causal del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en

relación con el artículo 342, letras c) y d), del mismo cuerpo normativo (omisión requisitos sentencia, por falta de prueba de nexo causal, y falta de precisión del hecho que se estima punible); encontrándose actualmente pendiente la nueva audiencia de juicio oral simplificado.

Consigna la requirente que la aplicación del precepto impugnado es decisiva en la gestión referida pues, de aplicarse, podría verse expuesta a una condena por negligencia médica, con la consiguiente infracción de sus garantías fundamentales. Así, entrando al conflicto constitucional planteado, afirma la requirente que la norma reprochada constituye una analogía in malam partem que resulta contraria a los artículos 1º, 5º, 19 N°s 2º, 3º y 7º; y 63 de la Constitución; así como a los artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Manifiesta al efecto, en primer lugar, la conculcación del principio de legalidad penal de los delitos, en su vertiente de taxatividad. Señala que la finalidad del precepto impugnado, incorporado al Código Penal de 1874, fue sancionar la responsabilidad cuasidelictual de los médicos, de los cirujanos, de los farmacéuticos –que a la época de dictación del Código, podían prescribir medicinas-, de los flebotomianos –que también son médicos-, y de las matronas. O sea, la norma está en sus orígenes establecida para aplicarse a la negligencia de los profesionales mayores de la medicina, exceptuando únicamente a las matronas que no son médicos y que se incluyen en el tipo penal. Luego, la figura delictiva no puede hacerse extensiva, por analogía in malam partem, a otros profesionales auxiliares de la salud, como son las enfermeras, calidad esta última que ostenta la actora; máxime atendido la finalidad de ultima ratio del ius puniendi del Estado, que, asimismo, determina la improcedencia de la analogía in malam partem, respecto de una enfermera, a quien no corresponde la observancia de los mismos deberes que recaen en los profesionales médicos, que están sujetos a la lex artis.

En segundo término, estima conculcados el principio de culpabilidad y de la presunción de inocencia, frente al mandato constitucional de que no hay delito sin ley previa que lo disponga, la que además debe gozar de precisión y certeza, mandatos que tampoco respeta la norma reprochada, además de contener un tipo penal abierto e indeterminado, que, por la vía interpretativa, podría aplicarse a la actora, quien no reviste la calidad de sujeto activo del tipo penal, con la consiguiente infracción de sus derechos constitucionales.

Por presentación de 7 de junio de 2017, a fojas 136 y siguientes, el Ministerio Público formula sus observaciones, instando por el rechazo total del requerimiento. Al efecto expone que el requerimiento debe ser desestimado por cuanto el asunto vertido en autos no envuelve un conflicto entre un precepto legal y la Constitución, sino que es un asunto de mera legalidad, correspondiendo por ende su resolución al juez que conoce del fondo del asunto, y no a esta Magistratura Constitucional.



La misma actora a lo largo de su requerimiento valida lo dicho, pues plantea que cierta interpretación del inciso primero del artículo 491, constituiría analogía in malam partem, de determinarse que la norma le es aplicable a las enfermeras.

Se concluye por el órgano persecutor fiscal que no puede la requirente vía acción de inaplicabilidad, pretender que este Tribunal constitucional anticipe el juicio de adecuación que corresponde exclusivamente –en este caso- al juez de Garantía, conforme al artículo 76 de la Carta Fundamental.

A fojas 143 (resolución de 23 de junio de 2017), se ordenó traer los autos en relación, verificándose la vista de la causa el día 26 de septiembre de 2017, y quedando adoptado el acuerdo con la misma fecha (certificado de fojas 352).

Y CONSIDERANDO:

I) EL CASO CONCRETO

PRIMERO: Que la requirente, de profesión enfermera, fue condenada por el 8° Juzgado de Garantía de Santiago a una pena de multa de 11 Unidades Tributarias Mensuales, como autora de cuasidelito de lesiones graves en la persona de doña Jenny Valencia Díaz, como consecuencia de no haber supervisado acuciosamente el proceso de lavado y esterilización de instrumentos quirúrgicos ocupados en la intervención a que fue sometida la víctima.

Requerida por la condenada la nulidad de la sentencia, su recurso fue acogido, anulándose tanto aquella como el juicio en que incidió, fijándose por tribunal no inhabilitado audiencia de juicio oral simplificado, la que quedó suspendida por orden de esta Magistratura.

II) LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

SEGUNDO: Que la requirente sostiene que la aplicación de la norma del artículo 491, inciso 1° del Código Penal en la resolución de la gestión pendiente, representa un ejercicio de analogía in *malam partem*, el que sería contrario a las normas constitucionales de los artículos 1°, 5°, 19 N°s 2°, 3° y 7° y 63, todos de la Constitución Política de la República (CPR) y artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Funda su requerimiento en la circunstancia de que la enfermera – cuya es su profesión – es una profesional auxiliar de la salud, que no está obligada a cumplir las normas aplicables solo a quienes ejercen una determinada *praxis médica*. Consiguientemente, precisa que la disposición impugnada enumera taxativamente a los profesionales de la salud obligados, excluyendo a otros profesionales auxiliares

de la medicina, como sería su caso. Centra su argumentación en que extender las reglas de interpretación de la ley penal para comprender en el enunciado de sujetos activos potenciales a las enfermeras, implicaría vulnerar especialmente el principio de legalidad contemplado en el artículo 19.3°, incisos 8° y 9° de la CPR, del cual se deriva la prohibición de interpretación por analogía en materia penal;

III) CUASIDELITOS ESPECIALES DE LOS FACULTATIVOS

TERCERO: Que en general, los cuasidelitos – denominación con que nuestro legislador penal denominó a los llamados “delitos culposos” en la doctrina - no son punibles, *“salvo en los casos expresamente penados por la ley”*. Así lo dispone el artículo 10.13 de nuestro Código Penal (CP). Los únicos cuasidelitos sancionados como tales son aquellos hechos que, si mediare malicia constituirían un crimen o simple delito contra las personas, entre los cuales los que hubieren sido ejecutados por *“imprudencia temeraria”*, según lo prescribe el artículo 490 del mismo cuerpo punitivo (En lo sucesivo, los artículos de este ordenamiento que no mencionen a su fuente, se entenderán referidos al Código Penal);

CUARTO: Que el artículo 491, inciso 1° designa ciertas conductas castigadas como tales cuasidelitos, que solo pueden ser cometidas por personas que se desempeñan en el área de la actividad médica o afín a ésta, respecto de los profesionales que allí se designan. A diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los tipos legales en los delitos culposos, que de **sujeto indeterminado**, identificados con la expresión **“el que”**, en el sentido que el agente puede ser cualquier persona que no se encuentre exenta de responsabilidad criminal, el precepto en cuestión es de los denominados de **sujeto cualificado o nominado**, porque solo puede ser cometido por el agente que reúna las cualidades allí reseñadas. En ellos, es la persona del sujeto activo la que fundamenta el injusto. Tal sucede en los casos de los artículos 491, inciso 1° y 494, N°s 7, 8, 9, 10, 11 y 12;

QUINTO: Que la requirente ostenta el título universitario de **enfermera** el que, como salta a la vista, no aparece mencionado entre los sujetos cualificados de este ilícito. Siendo esta disposición taxativa –arguye la actora constitucional – ella se encontraría excluida del ámbito de su aplicación, de modo que el intérprete no podría entenderla incorporada en su texto, sin realizar una interpretación analógica *in malam partem*, opción que le estaría constitucionalmente vedada;

IV) LA NORMA IMPUGNADA: artículo 491, inciso 1° del Código Penal

SEXTO: Que la norma impugnada se sitúa en el Título X del Libro II del Código Penal, bajo el epígrafe “De los Cuasidelitos” y es del siguiente tenor:

“El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior”, el que a su vez determina las

penas de "reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen" o con "reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito".

Es interesante subrayar que el artículo 494, que castiga como falta otras conductas asociadas al ejercicio de la medicina y ciencias afines, ha sustituido la voz "flebotomiano" – "sangrador", en el lenguaje de la época - utilizada en el artículo 491, inciso 1º, por el vocablo "dentista" en los cardinales 8 y 10 del artículo 494. Esta sustitución se efectuó por Ley 13.301 (27.09.1917), que "olvidó hacerlo" en el artículo 491, inciso 1º, como apunta LABATUT (Labatut Glenda, Gustavo: "Derecho Penal. Parte especial", T. II, 2ª. ed., Stgo, EJCh., 2.000, p. 248);

Por su parte, el artículo 494.10 del mismo cuerpo punitivo castiga, con pena de multa al "médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas"

V) INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN NORMATIVAS: Encuadre doctrinal

SÉPTIMO: Que suele apuntarse a la aplicación analógica de la ley "*in bonam partem*" como una suerte de excepción al principio de legalidad penal. Con todo, es importante efectuar un distingo previo, a propósito de la analogía, entre dos supuestos, dogmáticamente distintos, para deslindar su rol según que se trate de **interpretar** la ley, a través de los preceptos de otra – en lo que consiste la **interpretación analógica** o *analogía legis* – o **aplicar** una ley para un caso no regulado en ella expresamente, supliendo de esa manera lagunas legales, en el supuesto de un caso no reglado que es similar al de la ley aplicable, llamada **aplicación analógica** o *analogía juris*.

En el derecho comparado la analogía *in bonam partem* se encuentra hoy ampliamente aceptada, como lo señala CURY (Cury Urzúa, Enrique: Derecho Penal. Parte General, 10ª edición, Universidad Católica de Chile, 2011, p.203). En cambio, no sucede lo mismo con la **aplicación analógica de la ley penal**. Tal procedimiento está **prohibido en el campo del derecho punitivo, en cuanto implica ampliar la aplicación de una norma legal respecto de un supuesto no expresamente contemplado de forma expresa en ella**. Pero en definitiva, hay acuerdo entre los penalistas en el sentido que, incluso en el caso de aplicación analógica, "*es lícito... acudir a la equidad natural o al espíritu general de la legislación, cuando se hace bonam partem*" (autor y op. cit., p. 203);

OCTAVO: Que cuando estamos en presencia de una laguna legal, el juez debe fallar, de acuerdo a la regla de inexcusabilidad referida en el artículo 76.2º de la CPR. y 10º.2º del Código Orgánico de Tribunales, para lo cual habrá de recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural (artículo 24 del Código Civil). Pero en este proceso no hay interpretación alguna, porque no hay ningún precepto que

interpretar: se trata pues de la institución de la integración o analogía iuris, y no de hermenéutica, como observa con acierto **CURY** (ob. cit., p. 191);

NOVENO: Que la fórmula de integración no puede usarse para crear nuevos delitos o agravar las penas, en conformidad al principio de legalidad penal (nulla poena sine lege), recogido en el artículo 19.8° de la Carta Política). No es ciertamente el caso que nos interesa, lo que nos llevará a concentrarnos en la interpretación analógica propiamente tal, en su relación con el ejercicio de constitucionalidad propuesto;

VI) SUJETO ACTIVO EN EL DELITO MÉDICO CULPOSO

DÉCIMO: Que el requerimiento sitúa su objeción de constitucionalidad en la enunciación del sujeto activo de la conducta incriminada, mas no la tipicidad o el grado de culpabilidad de la conducta. Considera que la ampliación del contingente de profesionales allí designados sería taxativa, siendo imposible incluir a otras categorías de profesionales del área médica, sin incurrir en una interpretación analógica *in malam partem*, que sería constitucionalmente ilegítima;

UNDÉCIMO: Que la doctrina penal no ha llegado a un consenso uniforme respecto de si el tipo penal del inciso 1° del artículo 491 del código punitivo es o no taxativo en cuanto a la designación del sujeto activo. Hay quienes piensan, con fundamento en la discusión de que da cuenta el Acta de la Comisión Redactora del Código Penal, - en sesión 110, de 19 de agosto de 1872 - que la enumeración de que aquél da cuenta sería solo ejemplar, por tanto extensible a todos los profesionales con conocimientos especializados del rubro médico, como enfermeras, tecnólogos médicos, kinesiólogos o aun paramédicos.

Efectivamente, ninguna de estas últimas profesiones existía como tal hacia 1874, época de entrada en vigencia de nuestra recopilación penal. Mas con el transcurso del tiempo, tanto el legislador como la jurisprudencia judicial han ido expandiendo y sometiendo a control el ámbito de profesiones vinculadas a la salud. En el plano legal, v. gr., se ha creado la figura de sujeto calificado de los "[C]rímenes y simples delitos contra la salud pública", en el Libro II, Título VI, párrafo 14 del Código Penal, artículo 313.a), que reprime el comportamiento no solo de los **médico-cirujanos**, sino también de los **dentistas, médico-cirujanos, bioquímicos u "otros de características análogas"** que ejerzan actos propios de la respectiva profesión, aunque sea a título gratuito. Del mismo modo, el Código Sanitario ha precisado, en su artículo 113, que "[S]e considera ejercicio ilegal de la profesión de médico-cirujano todo acto realizado con el propósito de formular diagnóstico, pronóstico o tratamiento en pacientes o consultantes, en forma directa o indirecta, por personas que no están legalmente autorizadas para el ejercicio de la medicina". El legislador, entonces, se ha mostrado sensible al progreso de la ciencia y ha incorporado en la normativa respectiva nuevos sujetos activos calificados, si bien sin introducir cambios en la figura cuasidelictual que interesa;

DUODÉCIMO: Que, en las antípodas, otra corriente doctrinaria ha sustentado que la enumeración del acápite inicial del artículo 491 es **taxativa**, de manera que los profesionales referidos supra pero que no han sido incorporados en el texto expreso de ese precepto, quedarían excluidos de su aplicación. Por lo mismo solo podríamos "*fundamentar legalmente su responsabilidad cuasidelictual a partir de la figura básica del artículo 490*", vale decir, sancionarlos si hubieren participado en el hecho con "imprudencia temeraria" (Cfr. Tomás CATALÁN STEVENS: "Responsabilidad Penal Médica", Memoria de Prueba U. de Chile, p. 21);

DECIMOTERCERO: Que procede en seguida deslindar hasta qué punto la reflexión concerniente a la forma de interpretación del precepto constitucionalmente cuestionado, es susceptible de resolverse en esta instancia constitucional o si, por el contrario, admite una interpretación legal correcta que no implique violación de garantías constitucionales;

VII) SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y SU PROYECCIÓN AL CASO DE AUTOS

DECIMOCUARTO: Que el meollo del planteamiento de inaplicabilidad presentado reside en la presunta contravención al principio de legalidad o taxatividad, desarrollado en el artículo 19.3°, ordinales 8° y 9° de la CPR., consecuente a la aplicación analógica "*in malam partem*" de su contenido, por el intérprete judicial.

Pues bien, aunque se citan los dos numerales aludidos y se alude genéricamente a la falta de precisión en torno al alcance del sujeto activo pasible de sanción, el requirente concluye que resulta lesionado el principio de legalidad "*en la pretensión de interpretación por analogía in malam partem del mentado artículo 491, en su inciso 1°. Ésta concurriría desde el momento que se pretende la aplicación de un precepto penal ... que supone una interpretación que va contra el sentido literal del precepto, al pretender hacer efectiva la responsabilidad a un sujeto activo calificado (las enfermeras) que no se encuentran previstas en su texto*" (pp. 18 y 19 del requerimiento).

Resulta ostensible que no se está impugnando ni el grado de culpabilidad exigible ni la mención taxativa a cuatro profesionales específicos y determinados del ámbito de la medicina, que pueden ser castigados por negligencia en el desempeño de sus profesiones. Tampoco se pide que se excluya del enunciado inicial a la enfermera concernida en el cuasidelito de lesiones graves que se persigue en la justicia del crimen, por la simple razón que el precepto no la comprende como tal en su formulación.

Lo que se argumenta es que el precepto en cuestión vulneraría la disposición constitucional mencionada supra en el caso que el juez de la causa entendiere que las enfermeras estarían también comprendidas en la categoría de delitos culposos que tipifica el artículo 491 del Código Penal, tantas veces mentado. Es decir, no se dice que éste se deba inaplicar porque la represión de la conducta de los sujetos cualificados concernidos genere efectos inconstitucionales, sino que se excluya una determinada inteligencia de esa regla, que transgrediría el principio de legalidad.

Este encuadre es necesario para la comprensión de los razonamientos siguientes;

DECIMOQUINTO: Que la subsunción del supuesto de hecho en el tipo penal constituye una función inherente a la jurisdicción. Como lo ha dicho esta Magistratura, ***"un proceso de subsunción de la conducta al hecho incriminado por el legislador supone obligadamente la interpretación de la descripción típica, sin que pueda reprocharse por ello una contravención al artículo 19, N° 3 de la Constitución"*** (ST: Rol 1351, c. 4º y 2530, c. 5º);

DECIMOSEXTO: Que a lo largo de una larga serie de veredictos, este Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que ***"no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de (dicho) precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto que, rectamente interpretado y entendido, infringe la Carta Fundamental"*** (STC: Roles 794, c. 6º y 1344, c. 12º, ambos de la 2ª Sala). De manera que ***"la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal haya actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal"*** (STC Rol 1416, c. 20º);

DECIMOSÉPTIMO: Que en este contexto, nada se opondría a que el juez del fondo, en ejercicio de la regla de interpretación contemplada en el artículo 23 del Código Civil, se abstenga de considerar lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación, debiendo limitarse a determinar su genuino sentido y alcance según el conjunto de las pautas hermenéuticas que establece ese código. No hay mayores dudas sobre el particular en la doctrina penal chilena más autorizada (Vid: CURY, ob. cit., p. 190; Sergio POLITOFF L., Jean Pierre MATUS A. y María Cecilia RAMÍREZ G.: "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General", 2ª ed. actualizada, EJCh., Stgo., 2006, p. 113; LABATUT Glenda, Gustavo: "Derecho Penal. Parte General", T. I, 3ª. ed., EJCh., 1958, p. 95; ETCHEBERRY O., Alfredo: "Derecho Penal. Parte General", T. I, 3ª. ed., EJCh, reimpresión 2005, p. 110; GARRIDO Montt, Mario: "Derecho Penal. Parte General.", T. I, 2ª. ed., EJCh., 2005, p. 105).

De ahí que la interpretación, tanto restrictiva como extensiva de la ley penal, es igualmente lícita. Esta última no es aplicación de ley a casos no comprendidos en ella, porque aquello sí sería aplicación analógica. Ambas variables hermenéuticas tienden a desentrañar la verdadera extensión de la ley, determinable por "su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes", como lo sentencia el acápite final del referido artículo 23 de la recopilación civil, que autoriza la interpretación extensiva;

DECIMOCTAVO: Que por lo demás, si bien una interpretación restrictiva resultará favorable al reo, no siempre y necesariamente ocurrirá así. En efecto, si se trata de interpretación restrictiva de disposiciones benignas, resulta perjudicial. ETCHEBERRY menciona como ejemplo la exención de responsabilidad del que obra violentado por una **fuerza irresistible**, aludida en el artículo 10, N° 9 del Código Penal: "(si) *el intérprete nos dice que esta disposición se refiere a la fuerza física y no a la fuerza moral, está haciendo una interpretación restrictiva que resulta desfavorable al reo*"... (ob. y aut. cit., p. 110);

VIII) RESERVA LEGAL DE LOS DELITOS Y LAS PENAS (art. 19. N°s 3°, 8° Y 9° de la CPR)

DECIMONOVENO: Que la requirente estima transgredida en primer lugar la garantía constitucional reseñada, a partir de la presunta violación de los preceptos señalados. Lo que resguarda este principio, también llamado de legalidad penal, es susceptible de desglosarse en dos subprincipios: "**no hay delito sin ley**" y "**no hay pena sin ley**". Ambos se encuentran recogidos en el apotegma latino "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

Dicho principio genera a su vez, según ROXIN, cuatro consecuencias: a) **la prohibición de analogía** (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); b) la prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); c) la prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) y d) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) (Roxin, Claus: "Derecho Penal. Parte General, T. I, traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Thomson Reuters Civitas, reimpresión de la 1ª ed. española 2015, pp. 137 y ss.). Según el mismo autor, las citadas consecuencias, plasmadas en la forma de **prohibiciones**, "*las dos primeras se dirigen al juez y las dos últimas al legislador*" (ob. y aut. cit., p. 140). Como el alegato del actor constitucional se dirige contra la primera consecuencia, vale a su respecto la premisa asentada por el ilustre penalista alemán en el sentido que la prohibición de analogía está técnicamente dirigida al juez y no al legislador. Por tanto, la más moderna y autorizada doctrina penal entiende que **la prohibición de analogía no vincula al legislador, sino solo al juez**, de lo cual se infiere que el legislador sí podría considerar una especie de interpretación por la vía analógica, sin transgredir el principio de legalidad;

VIGÉSIMO: Que la reserva legal implica la imposición de límites al empleo de la potestad punitiva estatal. En punto a la argumentación de la requirente al respecto, ésta se fija no en la existencia de una norma punible anterior a la comisión del hecho (artículo 19.3°.8°), ni en la insuficiente descripción de la conducta reprochable (artículo 19.3°.9°) en la Carta Fundamental. Enfatiza solamente la insuficiencia de que adolecería la mención al sujeto activo del delito culposo imputado, en cuanto no alude expresamente entre los profesionales que pueden cometer este delito especial, a las “enfermeras” que, consiguientemente, no podrían ser imputadas por el ilícito culposo sancionado en el artículo 491 del código punitivo. Pero tal deficiencia, explicable históricamente, forzará al juez a determinar el alcance de esa norma, con arreglo a las reglas de interpretación del Código Civil, pero no atañe a la ortodoxa determinación del comportamiento descrito en la norma o al castigo del mismo por una ley anterior a su perpetración. Tales son los extremos que el legislador no puede constitucionalmente traspasar y no se advierte en la especie cómo podría haberlo hecho;

VIGESIMOPRIMERO: Que en lo que concierne específicamente a la conducta del profesional sanitario que “causa mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión”, la inteligibilidad del precepto debe reconducirse a la interpretación que la doctrina y jurisprudencia nacionales han asignado a los “cuasidelitos” del Título X del Código Penal. Estas fuentes racionales del derecho han manifestado uniformemente que si bien el artículo 490 de ese cuerpo normativo alude a aquellos hechos que, de mediar malicia, constituirían crímenes o simples delitos contra las personas, el alcance de esa formulación solo incluye al homicidio y las lesiones, con exclusión de todas las otras figuras del Título VII del Libro II (v. gr., el duelo y los delitos contra el honor, incompatibles con hipótesis de ejecución culposa, entre otros supuestos englobados en el Título).

Como en el caso de autos la víctima experimentó lesiones, es la causación de esa clase de daños, sin intencionalidad dolosa y con “negligencia culpable”, la conducta castigada por la ley. Y la ausencia de descripción de ese núcleo conductual no ha sido cuestionado como contrario a la Constitución;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, consecuente con este razonamiento, es dable concluir que la impugnación del precepto legal evaluado como contrario a la Constitución, en la parte que pretende inaplicar el artículo 491, inciso “2° del Código Penal, por constituir su interpretación extensiva una contravención a las disposiciones constitucionales que han sido mencionadas, no se ha producido, lo que fuerza a rechazar el requerimiento de fojas 1 y siguientes, en este punto.

IX) PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE RETROACTIVIDAD

VIGESIMOTERCERO: Que, finalmente, se postula infracción de los artículos 15.1 del PIDCP y 9 de la CADH, que simplemente se mencionan, sin razonar la forma en que la norma impugnada se contrapone con dichos preceptos.

Prescribe el **artículo 9 de la CADH**: "*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*".

Según la Corte IDH, el principio de legalidad y, más específicamente, el principio de máxima taxatividad legal, exige que las "acciones y omisiones" criminales sean definidas "*con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles*" (v. gr. casos *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20.1.2009, Serie C N° 207, par. 55 y *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, 30.05.1999, Serie C, N° 52, par. 121). El tipo penal, agrega la jurisprudencia interamericana, "*debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa*" (sentencias citadas, en mismos párrafos). Aunque el principio que nos ocupa no está expresamente establecido por el artículo 9, la Corte ha declarado que **se transgreden sus disposiciones cuando los códigos penales no contienen definiciones claras y precisas sobre los aludidos tipos penales** (v. gr. en casos *Kimel vs. Argentina*, 2.05.2008, Serie C N° 177, par. 66 a 67).

El artículo 9 examinado es similar al artículo 15.1 del PIDCP, lo que nos ahorrará su reproducción, con una diferencia que no tiene relevancia en el caso de autos;

VIGESIMOCUARTO: Que las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como aquéllas que integran en general del Derecho Convencional de los Derechos Humanos, no constituyen parámetros autónomos de control de constitucionalidad, como lo ha reiterado este Tribunal en numerosos pronunciamientos (STC Roles 2265, c. 8° y 2703, c. 11°). Pueden sin embargo erigirse en pautas o criterios auxiliares de interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales – respecto de las cuales no ostentan superioridad jerárquica – en lo atinente a garantías que no exhiben, en el ordenamiento doméstico, un nivel de desarrollo comparable al de la regla transnacional, con el fin de ilustrar su sentido y alcance.

En lo que toca a la reserva legal de taxatividad, el artículo reseñado de la CADH no fija un estándar sustancialmente más tutelar que nuestro artículo 19.3°, incisos 8° y 9° de la CPR.

Con todo, el núcleo esencial del comportamiento proscrito en el precepto legal bajo control, no adolece de inexactitudes o imprecisiones, como ya se analizara. Tampoco se trata de juzgar una acción que no era ilícita en el momento de su comisión, dado que la ley penal en cuestión fue aprobada con más de un siglo de antelación a la conducta sanitaria que se pretende ilegítima constitucionalmente.

De manera tal que los mandatos convencionales invocados como sobrepasados no aportan un estándar de garantía que supere al del ordenamiento constitucional



doméstico, el que tampoco ha sido transgredido, como se ha razonado suficientemente.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.

2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 90. OFICÍESE.

3) QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva, quienes estuvieron por acoger el requerimiento deducido a fojas 1 y siguientes, en atención a los siguientes fundamentos y consideraciones:

I.- FUNDAMENTOS GENERALES.

1.- Que como preámbulo del análisis del caso concreto cabe expresar que el principio de legalidad penal invocado por la actora constitucional como vulnerado, en un sentido vulneratorio de la reserva legal de delitos y penas previstas en el artículo 19 N°3, incisos octavo y noveno de la Constitución Política infraccionando el "principio de taxatividad", con un sello referencial en cuanto a la aplicación de la prohibición expresa de la analogía **in malam partem** (fojas 14).

Que la forma cómo se gesta la infracción, mediante la afectación del principio de reserva o legalidad penal, es qué al hacerse una imputación criminal sobre un hecho respectivo, sin que exista ley determinada o singularizada que configure la imputación a un sujeto determinado en un hecho punible, se requiere a lo menos cierto grado de certeza;

2.- Que para arribar desde la premisa anterior hasta la infracción constitucional denunciada, resulta necesario recurrir a lo razonado en voto de minoría del precedente 1281-08 de este Tribunal, quienes razonaron a partir del contenido del mandato constitucional del artículo 19, N°3, en los incisos ya citados, llevando a una conclusión de insatisfacción de requisitos constitucionales con afectación a la reserva legal penal, puesto que el precepto impugnado no es delimitante en la descripción de la hipótesis de hecho y la consecuencia jurídica para el evento de que tal hipótesis se cumpla, tomando en consideración que nuestra doctrina y jurisprudencia al analizar la permisibilidad de las leyes penales en blanco en nuestro ordenamiento jurídico, establecen que se puede afectar el principio de la reserva legal penal cuando resulta insuficiente la descripción de la conducta punible, careciendo además esta de razonabilidad por no cumplir con la pormenorización de ella, sin referirse a determinada calidad de sujeto, como sucede en la especie mediante una interpretación extensiva que soslaya y configura una **aplicación analógica in malam partem**;

3.- Que en este contexto, cabe enfocar a partir del caso concreto, bajo la concepción estructurada del delito en la dogmática penal, donde comprende que la noción de tipicidad cumple un papel o función de garantía, que requiere la descripción de los delitos de manera relativamente precisa (una acción es sólo típica cuando puede subsumirse estrictamente en dicha descripción) y la de garantía o noción de tipo sistemático que sólo se pasara a comprobar la antijuridicidad y culpabilidad de las acciones que puedan considerarse típicas.

En efecto, la idea de tipicidad que aquí nos interesa es la primera, como tipo de garantía, en cuanto consecuencia del principio de legalidad, lo que viene a decir es que los delitos penales deben estar establecidos en reglas (pautas lo más específica posible), y no en meros principios. Al respecto, Luigi Ferrajoli ha propuesto la distinción entre mera legalidad y el de estricta legalidad. Con esto se establece que sólo las leyes dicen lo que es delito (mera legalidad). Mientras que el segundo (el de estricta legalidad) prohíbe que las leyes penales establezcan elementos sustanciales, decidibles mediante juicios de valor, como condiciones no sólo necesarias, sino también suficientes para configurar los delitos, por ej. los términos valorativos de "escándalos públicos" o "actos obscenos";

4.- Que en un Estado constitucional de derecho, la Constitución puede consagrar el principio de la estricta legalidad penal, en aquellos casos en que los ilícitos típicos son conductas contrarias a una regla (mandato de determinación), los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a principios de mandato. Más aún, el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder podrían implicar la vulneración del principio de la "estricta legalidad penal";

5.- Que a partir de lo reseñado, resulta pertinente ponderar que la vulneración del principio de legalidad penal en su variante de principio de estricta legalidad, se expresa como una respuesta constitucional, para estimar que está

vedado a las leyes penales el prever elementos sustanciales, decidibles mediante juicios de valor, como condiciones no sólo necesarias sino también suficientes para configurar los delitos;

6.- Que la aceptación de la analogía in malam partem, por el carácter central atribuido a la investigación acerca de la persona del imputado, así como el juicio sobre su peligrosidad o bajo la intuición de haber colaborado sin comprobación de hecho punible resulta inapropiado y contrario al principio de legalidad penal, en atención a que se está realizando una aplicación analógica de una norma mediante la cual presupone una laguna legal, así como la similitud del caso no reglado con aquel contemplado por ella. El problema real de que se trata puede perfectamente ser formulado tal como lo ha hecho la requirente utilizando el recurso a la objeción de la prohibición de analogía, es decir, mediante la observación de que la disposición penal respectiva no se encuentra suficientemente determinada en cuanto a la imputada;

7.- Que la prohibición de analogía del mandato de certeza, esto es la estricta reserva de ley, que limita a los tribunales penales en la aplicación del Derecho, implica la exigencia de la determinación legal, que conlleva una prohibición de fundamentación penal analógica o basada en el Derecho consuetudinario;

8.- Que el enfoque constitucional del artículo 63, N°3, en relación a la taxatividad del artículo 19, N°3, incisos octavo y noveno no pueden obviarse, debido a que el constituyente requirió de manera concreta que el sentenciador, en virtud del artículo 76 constitucional no puede exceder la Carta Fundamental en su operación de juzgamiento ampliando o utilizando en su rol de juez natural la "**analogía in malam partem**", puesto que el principio de reserva legal penal le impide suplir lagunas penales en contra del imputado por el texto expreso del mandato de taxatividad en la Carta Fundamental;

II.- PRESUPUESTO FÁCTICOS QUE INCIDEN EN LA CALIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.

9.- Que como factores de hecho que inciden en la calificación jurídica del caso sub lite, cabe considerar que ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago se sustancia en contra de la requirente – de profesión enfermera – causa criminal por cuasidelito de lesiones graves en virtud del artículo 491 del Código Penal, en calidad de autora. En efecto, se le imputa negligencia inexcusable al no haber efectuado una supervisión acuciosa del proceso del lavado instrumental, utilizado en una operación quirúrgica, lo cual derivó en lesiones graves de la persona intervenida;

10.- Que, el conflicto de constitucionalidad de manera precisa se encuentra centrado en que, en criterio de la actora constitucional de inaplicabilidad, se habría efectuado una interpretación analógica in malam partem, toda vez que la



enfermera, que es una profesional auxiliar de salud, y que no es titular de los deberes de cumplimiento de normas aplicables puesto que ellos sólo son atribuibles a quienes ejercen una determinada *lex artis* médica, no sería susceptible de responsabilidad penal en virtud de las reglas de aplicación extensiva de la interpretación de la ley penal;

11.- Que el fundamento factico que sirve de respaldo a la acción impetrada asocia no a la mera interpretación de la norma el conflicto constitucional deducido sino muy por el contrario el sustento del dilema constitucional es, efectivamente, la vulneración del principio de taxatividad en virtud de una aplicación analógica al considerar dentro de los sujetos activos en la comisión del ilícito descrito en el artículo 491 del Código Penal a una profesional que no cumple con la precisión que exige el constituyente en el artículo 19, N°3, inciso final, de la Carta Fundamental, al consagrar el principio de taxatividad en la descripción de la conducta punible;

III.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL (art. 19 N°3 incisos octavo y noveno constitucionales).

A.- Derecho penal constitucional.

12.- Que en relación a estas materias España, en contraste, no ha habido alteraciones del texto constitucional (1978) significativas. Los cambios son efectuados, de hecho, por las sentencias del Tribunal Constitucional al que muchos ven como sesgado y partidista, en este punto, por lo que cabe hacer presente, que se ha utilizado el mecanismo de desconstitucionalizar algunos temas, es decir, que los haga desaparecer de la Constitución para que puedan ser reformados mediante simples leyes;

13.- Que no resulta menor plantear los temas de naturaleza propia de una nueva "subdisciplina" que denominamos Derecho penal constitucional, o mejor dicho, Derecho constitucional penal, que se forma a partir de las bases constitucionales del Derecho penal. En efecto, en la evolución de las ideas políticas en los Estados constitucionales, su Constitución sienta las bases de su Política criminal y de su Derecho penal. Pero ni siempre el Estado ha sido constitucional, ni lo es hoy en todos los países (Mir Puig).

No es esta la oportunidad de hablar de cómo el Estado evoluciona durante el modernismo desde un Estado absoluto hacia el denominado Estado de Derecho. La crisis del Estado liberal iba de la mano de la crisis de su Política criminal. El tránsito hacia un Estado intervencionista enfatizó la función de prevención (prevención especial) del Derecho penal. No cabe olvidar que la prevención especial no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo cual colisionaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo;

14.- Que en otro plano, el Estado social-intervencionista creó las medidas de seguridad, como instrumento de prevención especial, las que resultaron totalmente inadecuadas al estricto legalismo liberal clásico.

Durante el Siglo XX la tendencia intervencionista del Estado social condujo (siguiendo al movimiento de la historia descrito por Hegel de tesis, antítesis y síntesis) a la antítesis del Estado liberal: sistemas políticos totalitarios como lo fueron el fascista de Mussolini y el nacional-socialista de Hitler. En ellos el Derecho penal se endureció hasta extremos impensados.

En el Estado de derecho constitucional, el cual nace ante el fracaso del liberalismo clásico para proclamar un nuevo modelo de Estado que al tiempo que refuerza sus límites jurídicos en un sentido democrático, no abandona sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social;

15.- Que el Derecho penal en tal Estado ha de asumir varias funciones correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho penal de un Estado social, debe legitimarse como sistema de protección social efectiva, lo que le atribuye la misión de prevención de los delitos en la medida de lo estrictamente necesarios para aquella protección (principio de mínima intervención). Ello configura un límite de la prevención, junto a un Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, debe someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal (prevención limitada);

16.- Que en las funciones del Derecho penal en el ámbito de la Constitución es útil considerar que en un modelo de Estado constitucional surge la necesidad de una determinada concepción del Derecho penal y de su función. En nuestra Carta Fundamental a partir de los artículos 3, 4, 5, 6 y 7 podemos perfilar un Estado democrático, soberano y delimitativo en sus atribuciones, donde la función del Derecho penal parece coherente con un modelo de Estado democrático que se asocia a grandes principios o bases teóricas, tales como: la libertad, la vida, la legalidad (en especial la legalidad penal), penas justas y proporcionales, y en general reconoce a partir de la noción de dignidad humana, la resocialización, lo cual supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto, en términos que pueda modificar en forma notable su carga de gravosidad, sin que ello se funde en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino sólo a la personalidad del sujeto y a su evolución durante el tratamiento penitenciario;

B.- Mandato de determinación y tipicidad penal.

17.- Que el mandato de determinación se encuentra en una posición privilegiada dentro de nuestro sistema normativo al estar recogido por el artículo

19, N°3, inciso final, de la Constitución, – en la doctrina y jurisprudencia – por ser un principio fundamental del Derecho penal. A pesar de ello, en la aplicación al caso concreto, en materia criminal, dicho concepto o disposición el efecto no parece estar tan claro (Heinitz, E. y Hirsch, como también Lackner/Kühl). De este modo son escasas las ocasiones en que los Tribunales Constitucionales han declarado la inconstitucionalidad de una disposición penal por su indeterminación, a pesar de haberse encontrado frente a preceptos de cuya inconstitucionalidad apenas cabía dudar. En concreto, el criterio ha sido declarar como válidas y compatibles con el principio de legalidad expresiones como “pudor” “moral”, “buenas costumbres” y “decencia públicas” (Irene Navarro Frías en “Mandato de determinación y tipicidad penal”).

A pesar de lo anterior, la crítica a los Tribunales Constitucionales por su actitud frente al mandato de determinación ha significado otorgar una carta blanca al legislador en estas materias (opinión de Schönemann y Tiedemann), fundado en que la omisión en esta falta de deducción de contenidos concretos del mandato de determinación y la indecisión de la jurisprudencia en el tratamiento del aspecto material del principio de legalidad ha llevado a que se cuestione la determinación de la propia idea de “determinación”, llegándose a parafrasear que la idea es en sí misma un concepto indeterminado;

18.- Que junto a lo expuesto, el análisis de las exigencias del mandato de determinación aparecer reafirmada por la declaración que fue recogida en una sentencia del Tribunal Constitucional español acerca de que “el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para la definición de los tipos penales, promulgando las normas concretas, precisas, claras e inteligibles” (STC español 62/1982, 151/1997).

Que el criterio que se ha seguido es delimitar negativamente el mandato de determinación, para lo cual se ha recurrido a la admisión de conceptos jurídicos y determinados, ante lo cual se justifica una relativización del mandato de determinación que, necesariamente, afecta el bien jurídico de que se trata;

19.- Que profundizando el tema de la taxatividad se plantea el problema que la noción de certeza en aquellas normas indeterminadas requerirán, necesariamente, un precepto que los complemente, con lo cual se admitiría que el legislador no hizo el máximo esfuerzo posible en la definición del tipo penal, lo que en definitiva hace operar en un sentido excesivamente vago o general, a los que ni siquiera se vincula en forma estricta, lo que dificulta que se pueda hablar de un auténtico control de la determinación de los preceptos penales por parte de los Tribunales Constitucionales. Las exigencias de claridad, inteligibilidad, precisión y concreción en los contenidos positivos propios de la norma a través de su vinculación con los distintos fundamentos del principio de legalidad, así como también con el establecimiento de un cierto orden o prelación entre ellas, conforma que el mandato de determinación pierde aquel grado de exigibilidad al legislador en

el sentido que las normas jurídico-penales carecen, en el evento de dicha omisión, de un rol propio de un mandato de determinabilidad.

La necesidad del sistema penal y los principios constitucionales correspondientes al poder punitivo del Estado deben tener su base en el principio de adecuación a la tutela de un bien jurídico protegido o ser referentes a la infracción de la norma, y poner relieve en la manera sustancial represente un valor jurídico-penal en su núcleo esencial;

20.- Que, del mismo modo, no es posible olvidar que los límites materiales al legislador penal y los límites materiales a la ley penal se encuentran representados por garantías constitucionales, a modo ejemplar podemos citar las siguientes: principio de ultima ratio, principio de legalidad y remisiones normativas, principio de personalidad, principio non bis in ídem, principio de retroactividad de la ley penal más favorable, principio de taxatividad, principio sobre las leyes penales en blanco, principio de culpabilidad, etc.. Todos estos valores insertos en el ordenamiento constitucional, los cuales denotan presencia en nuestra Carta Fundamental como principios que deben ser resguardados como límites materiales en el Derecho penal constitucional;

IV.- PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.

La taxatividad en materia penal.

21.- Que dentro del aspecto sustantivo del "principio de legalidad penal" se halla también el requisito de la "lex certa" que implica que el contenido de la ley penal debe ser taxativo. Taxatividad significa que, al definir las conductas delictivas y prever las correspondientes penas, la ley debe satisfacer un mínimo de claridad, precisión y determinación. A la vista de la ley penal, los ciudadanos deben poder saber, con un margen razonable de certidumbre, cuál es el comportamiento prohibido y cuál es la sanción por su infracción. Se estaría, así, en presencia de lo que Susana Huerta Tocildo llama una "exigencia de tipicidad" en la ley penal. Se trata, en definitiva, de que también por su contenido la ley penal sea suficientemente previsible. La previsibilidad es una condición impuesta, con carácter general, a cualesquiera normas por el principio de seguridad jurídica; pero, como se dijo más arriba, ese "saber a qué atenerse" ha de ser particularmente intenso en materia penal. La taxatividad es, así, ese plus de previsibilidad que se demanda a las normas penales. Idéntica exigencia de taxatividad viene impuesta por el artículo 7 CEDH(STEDH K.A. y A.D. c. Bélgica de 17 de febrero de 2005). La exigencia de taxatividad de la ley penal, por lo demás, está llamada a operar como un freno al arbitrio judicial: una ley penal suficientemente clara, precisa y determinada dejará un estrecho margen de libertad de apreciación al juez; y ello no sólo satisfará el requisito democrático de que la voz principal en la definición de los delitos y las penas corresponda al legislador – no al juez – sino que, además,

redundará a favor de una aplicación igualitaria de la ley penal, cuyo significado y alcance dependerá poco de las inclinaciones subjetivas de cada órgano judicial;

22.- Que así entendido, es obvio que el requisito de la *lex certa* es, sobre todo, un mandato constitucional al legislador: las leyes penales deben ser redactadas en términos suficientemente taxativos. La taxatividad absoluta resulta, sin duda, inalcanzable. Una ley penal tan precisa que convierta en puramente mecánicas las operaciones judiciales de aplicación de la misma no deja, en efecto, de ser una quimera. Ahora bien, es asimismo claro que hay un mínimo de claridad, precisión y determinación que resulta constitucionalmente indispensable (STC 10/2012). De aquí que, en la práctica, la exigencia de taxatividad se traduzca en una prohibición constitucional de los llamados "tipos abiertos", es decir, aquéllos en que la norma está redactada con términos tan vagos que depende de las inclinaciones subjetivas del intérprete decidir si una conducta es subsumible en el supuesto de hecho o no. Ello ocurre principalmente cuando en la definición del tipo se acude a palabras de significado dudoso y, muy en especial, cuando las mismas arrastran una pesada carga valorativa. Piénsese, por ejemplo, en expresiones tales como actos contrarios al "pudor", apología del "terrorismo", comportamiento "deshonroso" para un militar, o "fraude a la ley tributaria" (STC español 62/1982, 89/1993, 151/1997 Y 120/2005). La taxatividad también puede conducir a la inconstitucionalidad de presunciones absolutas en la definición de las conductas delictivas (STC 194/2000).

La exigencia de taxatividad no opera sólo en el momento de elaboración de la ley penal, sino también en el de su interpretación y aplicación. En este sentido, la taxatividad excluye la **analogía in malam partem**: dado que la ley debe ser clara, precisa y determinada, no puede ser aplicada, en perjuicio del reo, a supuestos distintos de los previstos expresamente por ella misma. La simple semejanza con el supuesto expresamente previsto no es una razón para ampliar la esfera de aplicación de la ley penal. En un plano puramente teórico, es factible trazar una distinción entre analogía e interpretación extensiva: mientras la analogía consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto por ella, la interpretación extensiva consiste en adoptar, de los varios significados posibles de la norma, el más amplio de manera que resulte subsumible en su supuesto de hecho un caso que, de lo contrario, quedaría fuera del mismo. A efectos de la exigencia de taxatividad, esta distinción teórica es importante, porque en la interpretación extensiva el caso está previsto por la ley penal, y en la analogía no lo está. En la práctica, sin embargo, puede resultar difícil deslindar dónde acaba la interpretación extensiva y dónde comienza la analogía, porque ambas tienen un sentido expansivo en la aplicación de la ley;

23.- Que la taxatividad tiene, un sentido teleológico de aplicación de la ley penal en su significado más favorable al reo, entonces la interpretación extensiva de la ley penal habrá de considerarse prohibida. Con todo, el problema es que, al igual que sucede con la retroactividad *in melius* de la ley penal, no es fácil justificar por



qué el principio de legalidad penal comporta, más allá de la previsibilidad, un específico deber de benignidad o clemencia hacia el reo.

El Tribunal Constitucional chileno no mantiene una postura definitiva a este respecto. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece inclinarse a asimilar la interpretación extensiva in malam partem a la analogía (STEDH Garbarri Moreno c. España de 22 de julio de 2003 y Pessino c. Francia de 1 de octubre de 2006).

Además de entrañar la prohibición constitucional de la analogía desfavorable al reo, la taxatividad es relevante en el momento de la interpretación y aplicación de la ley penal por una segunda razón: no siempre que una ley penal es insuficientemente taxativa resulta posible - o, al menos, conveniente - declararla inconstitucional. Puede darse la hipótesis que el Tribunal Constitucional español ha dicho que los costes sociales del vacío normativo que, durante un cierto lapso de tiempo, produce toda anulación de una ley son demasiado altos (en este sentido, las STC 133/1987 y 219/1989 aunque disten de encarnar una línea jurisprudencial constante). Consideraciones de prudencia jurisdiccional de esta índole son particularmente comprensibles en materia penal, donde la necesidad colectiva de protección frente a graves agresiones a la convivencia es más imperiosa que en otros sectores del ordenamiento. Baste pensar que, cuando se anula una ley penal porque presenta un halo de incertidumbre, se está privando de vigencia a esa misma norma respecto de conductas subsumibles dentro de su núcleo de certidumbre y, por tanto, respecto de las cuales no hay tacha alguna de la falta de taxatividad: ¿por qué habría que otorgar impunidad en supuestos como éste? Suele afirmarse, así, que el requisito de taxatividad no es sólo un mandato al legislador, sino que opera también como un mandato al juez. En la práctica, ello significa que se admite que los márgenes de indeterminación de la ley penal sean integrados por vía jurisprudencial. Así, el tradicional interrogante acerca de si la jurisprudencia tiene o no carácter vinculante se ve ulteriormente complicado en materia penal por la interferencia del requisito de taxatividad: No es éste el lugar adecuado para abordar este problema; pero, en todo caso, sí conviene hacer dos observaciones a propósito de la relación entre interpretación judicial. Por un lado, parece que, si se admite que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia ley penal, tal como señala la STEDH s.W. c. Reino Unido de 22 de noviembre de 1995. Por otro lado, el Tribunal Constitucional español ha estimado que constituye una violación del artículo 25 CE, en cuanto tal susceptible de protección por vía de amparo, interpretar la ley penal según "criterios extravagantes", es decir, criterios ajenos a los generalmente aceptados por la comunidad de los juristas (STC 142/1999, 13/2003, etc.). Dado que la ley penal ha de ser previsible, no resulta constitucionalmente aceptable que sea interpretada según criterios que no son los usualmente adoptados por los operadores jurídicos y que, en este sentido, resultan imprevisibles;

24.- Que no hay que olvidar que la taxatividad también es exigible de la predeterminación de las penas. Véase, a este respecto, la ilustrativa sentencia STEDH V. c. Reino Unido de 16 de diciembre de 1999, relativa a una pena cuya duración quedaba a la decisión del Ministro del Interior; pero hay que tener presente que, al final, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Estado demandado por violación del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), ya que la determinación de la pena no correspondía a un órgano judicial. En este contexto debe enmarcarse el importante problema planteado en España por la popularmente llamada "doctrina Parot" que trae su nombre del caso en que por vez primera fue enunciada: en un momento dado, el criterio jurisprudencial sobre el cómputo de los beneficios penitenciarios – que permiten reducir el tiempo de permanencia en prisión – fue modificado en un sentido más severo. Se trataba, en concreto, de que esos beneficios penitenciarios se aplicasen a todo el tiempo de la condena; y no, como hasta entonces se venía haciendo, al máximo de treinta años de prisión que, cualquiera que sea la duración de las penas impuestas la ley permite expiar por una misma sentencia condenatoria. La razón de este giro jurisprudencial fue poner coto al tiempo escandalosamente breve, en la práctica, de permanencia en prisión de ciertos terroristas responsables de horribles crímenes. Pues bien, enfocando el problema desde el punto de vista del artículo 24 CE – en línea con lo que había hecho el Tribunal de Estrasburgo – entendió el Tribunal Constitucional que dicho giro jurisprudencial es constitucionalmente admisible, porque no supone desconocimiento de lo dispuesto en sentencias firmes; es decir, porque las sentencias a cuya ejecución se aplica el cambio en el modo de computar los beneficios penitenciarios nada decían a este respecto (STC 39/2012, seguida por otras). La STEDH Río Prada c. España de 10 de julio de 2012, sin embargo, ha afirmado que la "doctrina Parot" es contraria al principio de legalidad penal.

En este escenario es que tenemos que conformar en consideración a pautas emanadas de nuestro texto constitucional, en especial del artículo 19, N°3, inciso final, el requerir la certeza de la conducta típica sea desplegada por el autor o participe del delito;

V.- INTERPRETACIÓN POR ANALOGÍA IN MALAM PARTEM.

A.- Concepto de norma jurídica.

25.- Que, según una distinción ya clásica, introducida por Ronald Dworkin y elaborada por Robert Alexy, las normas jurídicas pueden, por su estructura, presentarse como reglas o como principios. Las reglas responden a la idea tradicional de norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Por ejemplo, la norma "quien roba a otro debe ser condenado a prisión" tiene una estructura de regla. Los principios, en cambio, serían "mandatos de optimización" de un determinado valor o bien jurídico; es decir, son normas que ordenan que el valor o bien jurídico por ellas contemplados sea realizado en la mayor medida posible. Por ejemplo, la norma "las obligaciones

contractuales deben cumplirse con arreglo a la buena fe" tiene una estructura de principio. Obsérvese que aquí ya no hay un supuesto de hecho en sentido técnico, pues no hay una definición precisa de un tipo de situación en que pueden hallarse personas y cosas; y tampoco hay una consecuencia jurídica propiamente dicha, pues la norma no establece con claridad qué debe hacerse (Luis María Díez Picazo, Sistema de Derechos Fundamentales, Cuarta Edición, 2013, Ed. Civitas-Tohmson Reuters, Pamplona, España, p.38);

26.- Que de esta manera, la distinción entre regla y principio resulta plenamente aplicable al ámbito constitucional penal, y en especial, al principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad). Este principio de taxatividad tiene su origen en la exigencia de certeza o determinación (nullum crimen sine lege stricta o sine lege certa).

Sin perjuicio, a la reflexión posterior sobre el citado principio esbozaremos un concepto de taxatividad como la exigencia de la formulación en términos precisos de los supuestos de hechos de las normas penales. Esta exigencia suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos (José Juan Moreso, La constitución: modelo para armar, Ed. Marcial Pons, 2009, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, p. 207);

27.- Que la discusión actual gira en torno a la vaguedad de los conceptos, la indeterminación semántica, es un rasgo ineliminable de nuestros conceptos generales. Tal conclusión parcial se sustenta en dos fundamentos: por un lado, porque siempre pueden aparecer casos marginales de la aplicación de un concepto general y, en segundo término, porque nuestro mundo es de tal manera que no está constituido por un número finito de propiedades, de manera que no es posible que se nos presenten casos futuros, o que podamos imaginar casos hipotéticos, en los cuales tengamos dudas acerca de si el concepto se aplica o no a estos casos, lo que se conoce como **vaguedad potencial o textura abierta del lenguaje**.

La determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales es una cuestión de grado y cuál debe ser el grado exigible, el umbral mínimo, depende en buena medida de la justificación de la taxatividad. En el caso concreto de la teoría penal estadounidense la noción de taxatividad, que lleva el nombre de "void-for-vagueness doctrine", reconoce estos dos límites a la precisión exigida por el derecho de los Estados Unidos para que una disposición penal sea conforme a la Constitución (Lefave-Scott, 1986: 126-128. La doctrina penal norteamericana considera, en la actualidad, que la void-for-vagueness doctrine está incorporada en la quinta (por lo que respecta a las leyes federales) y decimocuarta (en relación con las leyes de los Estados) enmiendas de la Constitución, en sus "the due process clauses");

28.- Que, “los problemas que plantean los conceptos valorativos dicen relación, en algunos casos, en la preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos lo cual es presentado de manera muy estricta. Así por ejemplo, uno de los más importantes defensores de la taxatividad como requisito del derecho penal garantista, Luigi Ferrajoli, considera que el uso de conceptos descriptivos en la formulación de las normas penales permite la formulación de proposiciones descriptivas relativas a esas normas penales, aptas para la verdad y la falsedad. Sin embargo, el mismo autor señala que el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales no permite el establecimiento de proposiciones aptas para la verdad o la falsedad” (José Juan Moreso);

29.- Que el cuestionamiento surge en aquella sombra de penumbra del concepto, la zona en la cual albergamos dudas acerca de la aplicación del concepto, que resulta muy amplia. Con lo cual el problema del uso de conceptos valorativos en la legislación penal no reside en que, como defiende Ferrajoli, carezca del informativo, en que son vagos en un alto grado;

30.- Que la clave está más allá del concepto de taxatividad, se encuentra en la justificación de esta y eso se radica en la exigencia de certeza de las normas penales que tiene una doble dimensión: por un lado se dirige al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas y, por otro, se dirige a reducir la discreción de la policía para arrestar y de los jueces para condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógicas de las leyes penales. El quid de la cuestión es, el peligro que la incorporación de nuevos tipos penales, a menudo ampliamente indeterminados, tiene para el ideal de certeza y, como es obvio, el peligro proviene del hecho que pueden incluirse en los supuestos de hecho de dichos tipos muchos comportamientos no abarcados por su razón justificante (Hassemer).

Que ante el argumento esgrimido en cuanto a que el contenido de los tipos penales serían materias comprendidas dentro de aquellas calificadas como propias de ley, no susceptibles de analizarse constitucionalmente, invocando al efecto la norma del artículo 63, N°3, constitucional, resulta obvio que tal razonamiento debe desecharse más aún, si esta norma recién denotada no puede interpretarse sin vinculársela con los artículos 1° , 4° , 5° , 6° y 7° en concordancia estos con el artículo 19 N°1, N°2, N°3, N°4, N°5, N°7, N°12, N°13, N°20, N°21, N°23, N°24 y N°26, de la Carta Fundamental, que representan valores jurídico-penales que tienen plena incidencia en la delimitación y conformación de las figuras delictivas que consagra nuestro Código Penal y sus leyes complementarias;

B.- Interpretación analógica in malam partem.

31.- Que en materia de legalidad penal se encuentra vedada la interpretación por analogía in malam partem. En efecto, el principio de legalidad penal, expuesto

precedentemente, prohíbe ir más allá de la interpretación de la ley, encontrándose prohibido expresamente por el constituyente utilizar la analogía u otra vía o mecanismos de creación o integración del Derecho penal para suplir las lagunas legales.

La analogía cuyo procedimiento es la creación e integración del Derecho por el juez penal significa que si el hecho imputado (con caracteres de delito) no encuadra en el tenor literal de la ley, se produce un acto de creación o integración judicial del Derecho más allá de aquello establecido por el legislador;

32.- Que el principio de legalidad penal en su dualidad de principio de multinivel expresa que constituye una garantía para la seguridad jurídica a nivel de sociedad y una garantía para el ciudadano de que sólo el legislador puede definir los delitos y sus consecuencias, prohibiendo de forma taxativa la utilización de la analogía para crear, integrar, suplir o agravar la responsabilidad penal. En otros términos el principio de legalidad penal opera a un nivel constitucional al resguardar la seguridad jurídica y la garantía del ciudadano que sólo el legislador define las conductas punibles y las penas. A nivel de mera legalidad, el principio se encarga de resguardar tanto la acción penal, el tipo penal y la antijuricidad se enmarquen por parte del rol legislador penal dentro del sistema normativo positivo, en su entidad y singularidad;

VI.- INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL.

33.- Que la actora en su libelo de fojas 1, deduce su pretensión sustentado en que la aplicación en el caso concreto, del precepto normado en el inciso primero del artículo 491 del Código Penal, supone una interpretación analógica in malam partem, en la medida que se extiende la calidad de sujeto activo, a una enfermera que ejerce una profesión auxiliar de la salud y que no es titular de los deberes de cumplimiento de normas aplicables a los procedimientos médicos cuya observación le corresponde a quien ejerza una determinada *lex artis medica*, toda vez que el citado precepto menciona expresamente a las profesiones de "medico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona", sin mencionar ni literal ni implícitamente a otra clase de profesionales auxiliares de la medicina;

34.- Que por su parte el Código Sanitario no contempla a las enfermeras dentro de quienes ejercen las profesiones mayores de la medicina, los cuales están expresamente definidos en el artículo 112 del referido compendio sanitario;

35.- Que la implicancia generada por esta analogía in malam partem trae como consecuencia una interpretación extensiva de responsabilidad penal a un sujeto activo calificado, de forma tal que aceptar la tesis de inclusión a la profesión de enfermería dentro de la regla legal del artículo 112 del Código Sanitario inferiría una extralimitación de la determinación legal del tipo penal aplicable en el caso concreto, lo que configura, necesariamente, una vulneración del principio de

legalidad penal, en los términos enunciados precedentemente en este voto disidente;

36.- Que, siguiendo este tipo de fundamentación nos encontramos en una manifiesta vulneración del artículo 19, N°3, inciso final, de la Constitución, cuyo mandato requiere la existencia de la *lex certa* al exigir que la conducta del imputado susceptible de sanción este expresamente descrita en la ley;

VII.- FUNDAMENTACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.

37.- Que la decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, como el señalado previamente, no sólo opera lógicamente a partir de las formulaciones de las normas jurídicas sino también, de los enunciados empíricos que debe el juez constitucional reconocer como verdaderos o probados. En tal sentido, resulta pertinente lo expresado por Robert Alexy, en cuanto existen, a lo menos, cuatro razones para analizar el problema. Estos son: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero cuya regulación no exige una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales (Teoría de la argumentación jurídica, Ed. Palestra, Lima, 2017, p.28);

38.- Que, relativo al principio de taxatividad cabe considerar que el reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que requiere en gran medida valoraciones del aplicador. Es por eso que Engisch planteó que "las leyes mismas en todas las ramas del Derecho (están) actualmente construida de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración, no pueden fundamentar sus decisiones a través de la subsunción, porque no se encuentran bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación; sino que tienen que valorar autónomamente y decidir cómo colegisladores" (K. Engisch Einführung in das juristische Denken, 5ª Ed., Stuttgart/ Berlin/Köln/Mainz, 1971 (trad. Cast. De E. Garzón Valdés, presentación de L. García San Miguel, Introducción al pensamiento jurídico, Madrid, Guadarrama, 1967);

39.- Que en mismo sentido la decisión histórica el Tribunal Constitucional Federal, en uno de sus razonamientos expresa: "el Derecho... no (se) identifica con el conjunto de las leyes escritas". El juez no está, por tanto, "constreñido por la Ley Fundamental a aplicar al caso concreto las indicaciones del legislador dentro de los límites del sentido literal posible". La tarea de la aplicación del Derecho puede "exigir, en especial, poner de manifiesto y realizar en decisiones mediante un acto de conocimientos valorativos en el que tampoco faltan elementos volitivos, valoraciones que son inmanente al orden jurídico constitucional, pero que no han llegado a ser expresadas en los textos de las leyes escritas, o lo han sido sólo incompletamente. El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe

descansar en una argumentación nacional. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón práctica y las "concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad" (BVerfG E 34, 269 (287));

40.- Que es del caso que la infracción constitucional denunciada no puede estar ajena a la estructura de la argumentación de cadenas de decisiones, así como sobre la estructura de la argumentación en el proceso basada en una teoría jurídica racional que esté firmemente fundamentada y ampliamente elaborada que nos permita arrojar luz sobre el carácter de la disciplina normativa, pero que además, pueda servir al jurista práctico en apoyo de su actividad;

VIII.- CONCLUSIONES.

41.- Que atendidos los razonamientos expresados y las consideraciones fácticas del caso sub lite, estos disidentes están por acoger el requerimiento de fojas 1, decretando la inaplicación en el proceso que incide en el artículo 491, inciso primero, del Código penal, por ser dicho precepto inaplicable por inconstitucionalidad al vulnerar el principio de legalidad en su faceta de taxatividad.

42.- Que, finalmente, es menester distinguir la inconstitucionalidad que resulta fruto de una interpretación que infringe la ley, de aquella hipótesis en que el precepto legal dé pábulo para aplicarse de algún modo inconstitucional. La primera cuestión se resuelve adecuando dicho sentido y alcance por los tribunales ordinarios de justicia, mientras que la segunda se soluciona por la declaración de inaplicabilidad de la norma legal por este Tribunal Constitucional (STC roles N°s. 794-07; 2292-13; 2784-15, entre varias).

En este concreto caso estamos en presencia de la segunda situación, pues si bien el texto de la ley parecería claro en determinar que solo "el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona" pueden ser autores del cuasidelito del que se trata (artículo 491 del Código Penal), existe jurisprudencia que aplica el precepto en el sentido que su enumeración no es taxativa, por lo que cabría incluir a otros, como los enfermeros (Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 625-2007 de 07.04.2008, considerando sexto, y Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 28190-2003 de 29.01.2007).

Por ende, es la ley la que, así entendida, viola directamente el 19, N° 3, inciso 9° de la Constitución por las razones expresadas en esta disidencia.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, y la disidencia, el Ministro señor Nelson Pozo Silva.



Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3445-17-INA.

Sr. Aróstica

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Carlos Carmona Santander, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que el Ministro señor Carlos Carmona Santander concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Autoriza la Secretaria suplente del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.