



www.criminaljusticenetwork.eu

¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena?
Revisión crítica de los arts. 318 y 318 *bis* del Código Penal
(nueva ley n° 21.240): más micro que macro... (*)

Responsabilità penale per i trasgressori della quarantena?
Revisione critica degli articoli 318 e 318 *bis* del Codice penale
(nuova legge n. 21.240): più micro che macro...

Criminal Liability for Quarantine Breakers?
Critical Review of Articles 318 And 318 *bis* of the Chilean Penal Code
(New Law No. 21.240): More Micro Than Macro...

Fernando Londoño Martínez

Abstract.

La discusión respecto al estatus penal de la conducta de infracción de toque de queda y cuarentena en tiempos de Covid-19 se ha vuelto intensa en el Chile bajo pandemia. El Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública han sostenido tesis contrapuestas y el asunto ha terminado por interesar al legislador, quien recientemente dictó una ley para “zanjar” la discusión (ley n° 21.240 de 20 de junio). El autor ofrece aquí una síntesis del contexto, revisa críticamente los contenidos sustantivos de la nueva ley y ofrece propuestas de interpretación muy concretas (con esquemas de casos). La contribución sirve a la vez para recuperar el valor funcional del viejo y “denostado” art. 318 CP. En dos palabras: el legislador persevera en una perspectiva angosta del asunto (aquella centrada en la conducta de los ciudadanos), antes que atender al problema en su dimensión institucional.

La discussione sullo status penale della condotta in violazione del coprifuoco e della quarantena sotto Covid-19 si è accesa in Cile. Il pubblico ministero e i difensori d'ufficio hanno mantenuto tesi contrastanti e la questione ha finito per interessare il Parlamento, che ha recentemente varato una legge per "dirimere" la controversia (legge n. 21.240 del 20 giugno). L'autore offre qui di seguito una sintesi del dibattito, rivede criticamente i contenuti



www.criminaljusticenetwork.eu

sostanziali della nuova legge e offre proposte specifiche di interpretazione della stessa (con linee). Al tempo stesso, il contributo mette in luce il valore funzionale dell'antico e "disprezzato" art. 318 del Codice Penale. In due parole: il legislatore adotta una prospettiva angusta della problematica (quella incentrata sulla condotta dei cittadini), piuttosto che affrontare il problema nella sua dimensione istituzionale.

The discussion regarding the criminal status of conduct in violation of curfew and quarantine under Covid-19 has turned heated in Chile. The Public Prosecutor's Office and the Public Defender's Office have maintained conflicting theses and the matter has ended up being of concern to Congress, who recently passed a law to "settle" the discussion (law no. 21,240 of June 20). The author offers herein a summary of the debate, critically reviews the substantive contents of the new law and offers specific proposals on how to interpret it (with case outlines). At the same time, the contribution sheds light on the functional value of the old and "denigrated" art. 318 of the Chilean Penal Code. In two words: the legislator undertakes a narrow perspective of the matter (the one focused on the citizens' conduct), rather than addressing the problem in its institutional dimension.

SUMMARY: 1. La lucha contra la epidemia: polarización e incertidumbre en torno al art. 318 CP. – 2. El derecho positivo y la nueva ley nº 21.240: modificaciones al art. 318 y nuevos arts. 318 bis y ter. – 3. Valoración global. Intentando poner algo de orden. – 4. Ahora sí: una valoración articulada del subconjunto 318-318 bis. – 5. Conclusiones y concreta propuesta de cobertura para los arts. 318 y 318 bis.



www.criminaljusticenetwork.eu

“Cosa sarà (...)
Che ti porta a cercare il giusto
Dove giustizia non c'è
Cosa sarà”

“Qué será (...)
Lo que te lleva a buscar lo justo
allí donde justicia no hay.
Qué será.”

(Lucio Dalla, “Cosa sarà”, 1979)

Recientemente —en días en los que el contagio de Covid-19 alcanza en Chile sus niveles más alarmantes— el Congreso Nacional ha despachado una ley orientada al reforzamiento penal de las medidas de contención del contagio: ley n° 21.240 de 20 de junio de 2020¹. Aunque no estaría del todo fuera de lugar una observación crítica sobre los fundamentos, necesidad, técnica y eventuales finalidades políticas de la medida, la presente contribución busca ofrecer una primera lectura sobre el posible alcance de las figuras penales en juego: fundamentalmente los arts. 318 y 318 bis del Código Penal. Algo se dirá también sobre el nuevo art. 318 ter, pero de modo más bien marginal.

El presente trabajo se propone primeramente al servicio de la práctica², sensibilizado como me encuentro ante la noble labor que por estos días está desempeñando la Defensoría penal pública chilena³. En ese contexto, quien esté ya bien enterado del asunto y más bien necesitado

(*) Nota de encabezado. La *Criminal Justice Network* ha colaborado de modo significativo al debate en tiempos de pandemia. Por lo que se refiere a Chile, se han sucedido contribuciones de colegas nacionales abordando problemáticas de derecho penal sustantivo, proceso penal o política pública (así, en este sitio notas de Carlos Cabezas e Iván Navas en materia de indulto Covid-19 y problemas de imputación en contexto de pandemia, respectivamente; de Cristián Riego y Jaime Vera en materia de audiencias y juicios orales por vía telemática; y, más recientemente, de Mauricio Duce, en crítica a la ley desde las políticas públicas). Con la siguiente nota quisiera aportar un grano de arena a tal debate, más necesario que nunca con la dictación de la reciente ley n° 21.240 de 20 de junio pasado. El presente texto corresponde a una versión más amplia de mi intervención en el seminario telemático “El reforzamiento penal de la cuarentena”, 2 de julio de 2020, organizado conjuntamente por el Instituto de Estudios Judiciales y el Instituto de Ciencias Penales. Como se justifica más abajo, he querido dedicarlo a la memoria de mi querido amigo Germán Echeverría Ramírez (1968-2019).

¹ Ley n° 21.240 que sanciona la “inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva decretada por la autoridad sanitaria en caso de epidemia o pandemia”. La historia de la ley puede consultarse con detalle en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7758/>.

² Ello explica que vaya rápidamente “a los resultados”, ahorrándome en parte un esfuerzo “demostrativo” profundo, para lo cual mayores referencias bibliográficas serían imprescindibles. Se espera acometer aquello en un contexto más amplio y menos determinado por la emergencia.

³ Cómo no evocar aquí “Las miserias del proceso penal” de Francesco Carnelutti: el defensor penal público se sienta junto al frágil entre los frágiles, en lo más bajo de lo bajo. En esto — en este situarse *junto a*— su rara nobleza. En esto su esencialidad. Dedico la presente contribución a la memoria de mi querido amigo Germán Echeverría Ramírez (1968-2019). Infatigablemente, Germán puso su humanidad y talentos —tan fuera de lo común— al servicio de lo frágil, de lo pequeño. Una vida profesional dedicada casi por entero al servicio de la Defensoría Penal Pública en la bella Región de Los Lagos, “en un territorio de escasa población relativa y de



www.criminaljusticenetwork.eu

de respuestas “ágiles”, ahorrará tiempo si salta directamente a las **conclusiones (5)**, pero más aún a la propuesta de esquemas de caso que en mi opinión se dejarían subsumir bajo los arts. 318 y 318 bis (5.2).

1. La lucha contra la epidemia: polarización e incertidumbre en torno al art. 318 CP.

Digamos en primer lugar que la nueva ley habría encontrado su motivación — estando al menos a su historia oficial — en las dudas o dificultades prácticas planteadas por el art. 318 del Código Penal. Más concretamente: las dificultades se habrían hallado en una fuerte confrontación de opiniones entre los actores, fundamentalmente en el tratamiento de los casos de infracción de las cuarentenas o del toque de queda⁴. Concretamente: viendo el Ministerio Público un *delito de peligro abstracto* en el art. 318 y afirmando así la cobertura de casos de infracción de cuarentena por sujetos no-contagiados; rechazando en cambio la Defensoría Penal Pública tal cobertura y argumentando la exigencia de un *peligro concreto*. La discusión incluye críticas a la *benignidad* de la pena alternativa —del lado acusador— mientras que desde la defensa se alega la *desproporción* que supone su recurso para casos de mera infracción de toque de queda, *prisión preventiva* mediante en determinados casos⁵. Por su parte, los tribunales superiores no han

estrecha vida social” (Echeverría, Germán, “Imparcialidad del tribunal oral en lo penal. Tras la conquista de la garantía”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, 2010, pp. 269-310, p. 272). Una breve nota sobre su trayectoria puede apreciarse en el sitio del Instituto de Ciencias Penales de Chile: <http://www.icpenales.cl/ciclo-de-conferencias-german-echeverria-ramirez/>.

⁴ Procesos penales reconducibles a esta categoría de hechos —infracción de cuarentena o toque de queda por sujetos no contagiados— se encuentran por ejemplo los siguientes: ICA Arica Rol 118-2020 (amparo); ICA Temuco Rol 61-2020 (amparo, con hechos detallados en nota siguiente); 3°JG Santiago Rit 2293-2020; 4° JG Santiago Rit 2806-2020; 7°JG Santiago Rit 5736-2020; 7°JG Santiago Rit 6007-2020; 7°JG Santiago Rit 6008-2020; 13°JG Santiago Rit 1653-2020; Puente Alto Rit 4002-2020; Puente Alto Rit 4065-2020; San Bernardo Rit 4585-2020; San Bernardo Rit 4586-2020; Talagante Rit 1145-2020; Talagante Rit 1173-2020; Punta Arenas Rit 1149-2020. Agradezco al abogado Rubén Romero, Jefe del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, y al profesor Javier Velásquez y a su equipo de ayudantes de la Universidad Católica de Temuco por la ayuda en la identificación de estos casos.

⁵ El presente hecho bastará de ejemplo aquí: “El día 13 de abril del año 2020 alrededor de las 23:25 horas el imputado E.L.T. fue sorprendido por personal de carabineros de la primera comisaría de Lautaro, en las esquinas de calles Manuel Baquedano y José Victorino Lastarria de la Comuna de Lautaro, constatando que éste incumplía el toque de queda decretado por la autoridad sanitaria mediante resolución exenta 202-2020 confirmada por la resolución exenta 203-2020 en el contexto del estado catástrofe por calamidad pública, donde se impone la prohibición a todos los habitantes de la república de salir a la vía pública como una medida de aislamiento entre las 22.00 y las 5.00 horas. Añade que al momento de la fiscalización, el imputado no contaba con permiso o salvoconducto que lo habilitara para transitar en dicho horario. De esta forma, el ente persecutor subsumió la conducta del amparado en la figura penal establecida en el artículo 318 del Código Penal, en calidad de autor y grado de desarrollo consumado; solicitando a su turno, un plazo de investigación de dos meses y la medida cautelar de prisión preventiva para el imputado.” (considerando 1° del Rol N° Amparo-61-2020 de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de abril de 2020, recaído sobre la resolución del Juzgado de Garantía de Lautaro, RIT 544-2020, RUC 2000375949-1). La I.C.A. de Temuco rechazó el amparo, rechazo confirmado más tarde por la segunda sala de la E. Corte Suprema (Rol 50.557-2020 de 12 de mayo de 2020, con votos



www.criminaljusticenetwork.eu

tenido aún ocasión de resolver en el mérito, conociendo sólo de los recursos de amparo (*habeas corpus*) presentados por las defensas con motivo de prisiones preventivas decretadas. Al cierre de esta contribución la Corte Suprema había ya rechazado al menos tres recursos de amparo, confirmando la prisión preventiva⁶.

El cuadro problemático se completa con la preliminar inutilidad de una figura tan exigente y tan severa como la *diseminación intencional* (art. 316 del CP)⁷, no habiéndose tampoco explorado la *figura culposa de diseminación* (art. 317 inc. 2º CP)⁸, ya por sus más elevadas exigencias probatorias, ya porque incompatible⁹ o impertinente en un escenario en el que la mayor parte de los casos que interesaban al sistema coincidían con infracciones de personas no contagiadas.

Tal parece entonces que el derecho penal vigente no venía sirviendo para “la lucha contra la pandemia”; y allí donde servía, lo hacía con polarización e incertidumbre.

Esta discusión – muy técnica o dogmática bajo este esquema– adquiere ciertamente una coloración distinta en un contexto de emergencia. Cualquiera advierte pues la connotación política del conflicto, con un Ministerio Público demandado y tensionado, y que de pronto parece verse a sí mismo como el “brazo armado” de la lucha sanitaria¹⁰. Todo esto en un contexto de temor al “desborde”¹¹, acumulándose episodios de infracción de cuarentena o toque de queda, así como reportados por la prensa: ya el caso de **quien sabiéndose contagiado aborda un avión**, ya la persona **“con síntomas” que ingresa a un centro comercial**, ya el **organizador de una fiesta masiva** (con violación del toque de queda [*coprifuoco*] y del límite

dividido tres a dos). Muy probablemente en las decisiones influyó la existencia de antecedentes y procesos pendientes por parte del imputado, pero a mi juicio nada puede justificar que tal prisión preventiva se imponga con cargo al delito del art. 318 CP, según se buscará defender en este trabajo.

⁶ SCS Rol 50.557-2020 de 12 de mayo de 2020 (con voto dividido tres a dos); SCS Rol 62787-2020 de 28 de mayo de 2020 (con voto dividido cuatro a uno); SCS Rol 72175-2020 de 23 de junio de 2020 (con voto dividido cuatro a uno).

⁷ Que sanciona con pena de hasta diez años de presidio la *diseminación de gérmenes patógenos con el propósito de producir una enfermedad* y que sirve nada menos que de base de *delito terrorista* (art. 2º de la ley n° 18.314). Para un hipotético lector italiano digamos que esta figura puede compararse al delito de **epidemia del art. 438 CP it.**

⁸ Aquí también para un lector italiano la referencia debe hacerse al **art. 452 del CP it.**

⁹ Cfr. Londoño, Fernando, Comentario a los artículos 316 y 317, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código Penal comentado: parte especial Libro Segundo (arts. 261 a 341)*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. 509-510 y 516-518, defendiendo tal incompatibilidad, en base al contenido de injusto de la figura base y a la historia de la ley n° 17.155.

¹⁰ Un destacado académico y abogado del foro le ha reprochado al Ministerio Público un cambio de criterio en la materia, habiendo modificado una instrucción general (oficio 057/2020 de enero de 2019) en la que “calificaba expresamente [el delito del art. 318] como de peligro concreto. Por lo visto, con la pandemia hubo un cambio de criterio”: así, opinión de Julián López, en *El Mercurio*, jueves 4 de junio de 2020, C5.

¹¹ No me refiero aquí al *octubre chileno...*: cfr. Tironi, Eugenio, *El desborde. Vislumbres y aprendizajes del 18-O*, Planeta, 2020.



www.criminaljusticenetwork.eu

máximo de reunión¹²) hasta el caso —más común— del **no contagiado que infringe una cuarentena comunal o zonal** por las más diversas razones: ya por frivolidad, ya por necesidad laboral. Estos supuestos pueden verse todos reportados anecdóticamente en la propia historia de la ley, a la cual remito para detalles¹³.

Todo parecía bien dispuesto para que el legislador “golpeará la mesa”, valiéndose del potencial disuasivo y simbólico del derecho penal. Cuestión distinta es la idoneidad de tal esfuerzo preventivo como decisión de política pública, aspecto que aquí no es posible abordar, pero que “no pinta bien”¹⁴.

2. El derecho positivo y la nueva ley n° 21.240: modificaciones al art. 318 y nuevos arts. 318 *bis* y *ter*.

Ahora bien, ¿por qué las dudas sobre el alcance del art. 318 CP? ¿Qué dispone la figura?

2.1. Art. 318. Originaria de 1874 y modificada en 1969 (ley n° 17.155) para hacerla en principio más exigente —mediante la introducción de una cláusula expresa de *puesta en peligro para la salud pública*¹⁵— hasta antes de la reciente reforma la figura del art. 318 sancionaba con

¹² Cfr. Resolución Exenta N. 341 del Ministerio de Salud de 12 de mayo de 2020 (D.O. 12.5.2020), VII, 28: “Prohíbese toda concentración de más de 50 personas en un lugar determinado, independiente de su naturaleza o de si se efectúa en espacios abiertos o cerrados”.

¹³ Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7758/>.

¹⁴ Al respecto, contundente, Duce, Mauricio, “La ley penal como respuesta a la pandemia en Chile. ¿La panacea penal otra vez?”, en *Criminal Justice Network*, 23 de junio de 2020, disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/la-ley-penal-como-respuesta-a-la-pandemia-en-chile-la-panacea-penal-otra-vez>. Aunque no necesariamente se suscribe la asociación concreta que allí se hace entre *discurso* y *política* (pues nada impide que un gobierno “mueva fichas” en distintos planos, de tal modo que el boato con el que anuncia una reforma penal no cancela eventuales esfuerzos que puedan estar haciéndose en otros planos, administrativo-sanitarios, realmente incidentes; algo que igualmente la autoridad política tendrá la carga de demostrar en su momento, cuando deba rendir cuentas de su gestión de la crisis), tiene este autor toda la razón cuando hace ver —con datos y números— que el subconjunto de desplazamientos asociados a infracciones de cuarentena o toque de queda sería ínfimo en el conjunto total de desplazamientos autorizados durante la pandemia (permisos individuales o para empresas), de modo tal que, en una perspectiva puramente preventiva, sólo puede esperarse un impacto muy reducido o nulo de la nueva ley. Desde otro ángulo, considerando los posibles efectos contraproducentes en sede carcelaria, de interés la crítica a la nueva ley por Pascual, Tomás, “Salud pública y aumento de penas: una contradicción en sí misma”, disponible en <http://enestrado.com/salud-publica-y-aumento-de-penas-una-contradiccion-en-si-misma-por-tomas-pascual/>.

¹⁵ Amén de la exigencia de publicación de las reglas complementarias del tipo y la supresión del grado medio de la pena privativa, manteniéndose la pena alternativa original. El art. 318 originario de 1874 es el siguiente (con la ortografía de la época): “El que infringiere las reglas hijiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia o contagio, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos.”



www.criminaljusticenetwork.eu

pena alternativa de presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días) o multa de 6 a 20 UTM¹⁶ (≈ 300 mil a 1 millón de pesos chilenos ≈ USD 380 a 1.260) a cualquiera que:

“pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”.

La ley n° 21.240 no alteró la descripción de la conducta¹⁷, pero elevó las penas (siempre alternativas, hasta los 3 años de presidio y hasta las 200 UTM ≈ 10 millones de pesos ≈ 12.600 USD) e introdujo una **circunstancia agravante** especial de efecto común: la de cometer el delito “mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio”. Sobre el valor hermenéutico de esta agravante —recortada a medida de algunos casos de connotación pública— se dirá algo más abajo. Hasta allí lo nuevo en el viejo art. 318 CP.

2.2. Nuevo art. 318 bis. La gran novedad de la ley n° 21.240 es la introducción de un nuevo art. 318 bis, que sanciona con pena copulativa de presidio menor en sus grados medio a máximo (de 541 días a 5 años) y multa (de 25 a 250 UTM ≈ 1,2 a 12,6 millones de pesos ≈ USD 1575 a 15.750) al que:

“en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria”.

Llamo de inmediato la atención sobre un aspecto. Mientras que el viejo art. 318 supone infracción de “reglas publicadas por la autoridad” (de alcance general, por tanto, precisamente en tanto “publicadas”), la nueva figura supone la infracción de “órdenes de autoridad” (preliminarmente de alcance individual). La diferencia es de la mayor relevancia, pues sugiere la voluntad del legislador de reservar la mayor sanción para supuestos de infracción ya no de toque de queda o cuarentena¹⁸ (generales), sino de la medida individual de aislamiento¹⁹

¹⁶ El valor de la UTM (unidad tributaria mensual) a julio de 2020 es de \$50.322 pesos chilenos, es decir, aproximadamente USD 63 (dólares estadounidenses) a la fecha de cierre de esta contribución.

¹⁷ Posiblemente para no arriesgar alegaciones de derogación, infundadas, hay que decirlo, con seguridad al menos respecto de todos los casos cubiertos antes de la reforma y que sigan estándolo en el tipo reformado.

¹⁸ Cfr. definición en el art. 1° del Reglamento Sanitario Internacional de 2005, Decreto 230 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de 17 de septiembre de 2008: “aislamiento” significa la separación de los demás de personas enfermas o contaminadas o de equipajes, contenedores, medios de transporte, mercancías, paquetes postales afectados, con objeto de prevenir la propagación de una infección y/o contaminación”.

¹⁹ Cfr. definición en el art. 1° del arriba mencionado Reglamento Sanitario Internacional: “cuarentena” significa la restricción de las actividades y/o la separación de los demás de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas, o de equipajes, contenedores, medios de transporte o mercancías sospechosos; de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección o contaminación.”



www.criminaljusticenetwork.eu

respecto de contagiados²⁰ (arts. 22 y 26 del Código Sanitario y arts. 1º y 18 del Reglamento Sanitario Internacional²¹). Más detalles *infra* en 4.2.

En fin, una comparación entre esta nueva figura y el tipo de diseminación del art. 316 puede quedar para un contexto más amplio. Por de pronto llama la atención que se haya seguido – bien entrados en el siglo XXI– el cuño de una figura que reposa sobre un paradigma higienista de la salud pública. En lo demás, el exigente verbo *diseminar* ha sido reemplazado por el “más a la mano” *riesgo de propagación*. Coherentemente, la pena se ubica por debajo de la conminada en el art. 316.

2.3. Art. 318 ter. En fin, y aunque aquí no podrá ser objeto de mayores comentarios, la tercera novedad de la ley nº 21.240 es la introducción de un art. 318 ter dirigido a disuadir prácticas laborales reñidas con el control del contagio. Se sanciona en ese contexto al que:

“a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria”.

La sanción para este caso se ubica a medio camino entre el art. 318 y el art. 318 bis; concretamente, presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años) y multa de 10 a 200 UTM (≈ 500 mil a 10 millones de pesos ≈ USD 630 a 12.600) por cada trabajador al que se le hubiere ordenado concurrir. Responderá además penalmente **la persona jurídica** allí donde se den los presupuestos de la ley nº 20.393, incorporada como ha sido la nueva figura como delito base de aquella ley (arts. 1º y 15 de la ley nº 20.393) en virtud del art. 4º de la ley nº 21.240.

Ya que aquí no se volverá sobre esta figura, conviene ofrecer de inmediato algunos comentarios rápidos.

Presupuesto de aplicación del art. 318 ter sería la existencia de una orden particular, al igual que el art. 318 bis. Interesa por tanto exclusivamente al orden de los trabajadores contagiados, preliminarmente. El caso de los sospechosos es más discutible y merece una reflexión separada que adelanto en lo grueso: si *a posteriori* se descarta el contagio, malamente podrá afirmarse la consumación del tipo. El injusto de la (mera) conducta podrá afirmarse, pero no así su

²⁰ El caso de los sospechosos queda cubierto por el aislamiento pero en definitiva fuera del tipo (en base a criterio *ex post*), habida consideración del carácter de delito de *peligro concreto* del nuevo art. 318 bis.

²¹ Con distinto grado de vinculación para la autoridad: obligatoria tratándose de contagiados (art. 22 del Código Sanitario) y facultativa tratándose de sospechosos de contagio (art. 26 del Código Sanitario).



www.criminaljusticenetwork.eu

potencial lesividad²². El azar habrá intervenido a favor del agente: tentativa inidónea. La punibilidad de tal tentativa dependerá de la consideración global que se tenga sobre el rol del peligro y la antijuridicidad material como elementos implícitos del tipo, así como sobre la operatividad del principio de *ofensividad*²³. Como sea, una reducción a mero delito formal no parece aceptable desde un punto de vista sistemático, considerado el “piso” impuesto por el art. 318 CP: que es sancionado con menor pena no obstante la exigencia expresa de *puesta en peligro para la salud pública*, como se ha visto (más detalles *infra*).

A primera vista puede llamar la atención que lo que de otro modo contaría como inducción a la comisión del nuevo delito del art. 318 bis (y aún de autoría mediata, en supuestos de exculpación a favor del trabajador) tenga una solución privilegiada en el art. 318 ter²⁴. Nótese sin embargo que aquí se sanciona una inducción cortada o *proposición*, pues ya la mera orden satisface el tipo, sin necesidad de que el trabajador llegue a violar el aislamiento y por tanto a cometer la más grave conducta del art. 318 bis.

La figura del art. 318 ter resulta especialmente severa. Una interpretación sistemática obliga en todo caso a no ver configurado el tipo allí donde la orden se adopte sin infringir sustantivamente el aislamiento: como sería el caso si el empleador dispone el traslado y funcionamiento del trabajador bajo condiciones de perfecto aislamiento (si tal cosa fuese posible, entiéndase bien). Consideraciones de tipo subjetivo podrían también abonar esta solución.

2.4. Breve nota sobre la sistemática de penas.

Para cerrar esta sección más bien descriptiva, conviene ofrecer una rápida imagen comparativa del peso penológico de las distintas figuras en juego.

²² Dimensión material de antijuridicidad que envuelve a toda figura de peligro, aún si descrita en términos puramente formales: cfr. Bustos, Juan y Politoff, Sergio, “Los delitos de peligro”, en *Revista de Ciencias Penales*, TXXVII (1968), pp. 35-48; reeditado de reciente en AA.VV, *Clásicos de la literatura penal en Chile. La Revista de Ciencias Penales en el siglo XX: 1935-1995* (Instituto de Ciencias Penales, Eds. Londoño, Fernando y Maldonado, Francisco), Tirant Lo Blanch, 2018, t. II, pp. 1273-1288.

²³ En perspectiva comparada italo-chilena, ineludible, cfr. Cabezas, Carlos. “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena: un breve estudio comparado”, en *RDUCN* [online]. 2013, vol.20, n.2, pp.85-120, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200004>. También ineludible en este plano, cfr. Hernández, Héctor, “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Cárdenas, Claudia y Ferdman, Jorge (Coords.), *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro Homenaje a Alfredo Etcheberry*, Thomson, Santiago, 2015, pp. 149-188.

²⁴ Para un hipotético lector extranjero, debe decirse que en el derecho chileno el inductor es castigado con la pena del autor (art. 15 del CP).



A título meramente esquemático, se ubican así de menor a mayor las figuras en el radio del **peligro común**:

[art. 317.2-316]²⁵ < art. 318 < art. 318 ter < art. 318 bis < art. 316

Mientras que integrando la comparación con **figuras de lesión individual (en negritas)** el cuadro resulta así:

Art. 494.5 (lesiones leves) < [art. 317.2-316] < **art. 399** (lesiones menos graves) < art. 318 < art. 318 ter ≤ **art. 397.2** (lesiones graves) < art. 318 bis < **art. 397.1** (lesiones graves gravísimas) < art. 316 < **art. 391.2** (homicidio simple).

Nótese entonces que el art. 318 CP tiene mayor pena que un delito de lesiones menos graves (enfermedad de 7 a 30 días) y que el art. 318 bis rebasa la pena asignada a las lesiones graves (superiores a 30 días de enfermedad, sin resultados propios de lesiones graves gravísimas).

El peso penológico del injusto de los delitos de peligro común está en lo *cuantitativo*, pero una lectura sistemática obliga a considerar el comparativo peso penológico del injusto de lesión individual, *cualitativo*. Una desproporción notoria entre una y otra dimensión puede poner en guardia al intérprete allí donde intente exigir “demasiado poco” de las figuras de peligro común.

3. Valoración global. Intentando poner algo de orden.

Hasta allí la descripción de la reforma y la situación del derecho positivo chileno. Ahora bien, ¿cómo impacta el nuevo art. 318 bis en la interpretación del art. 318? ¿Ejerce acaso el nuevo tipo una suerte de “presión hacia abajo” o bagatelizadora de la vieja figura, de tal suerte que —ahora sí— cubra todo aquello que antes era dudoso, comenzando por lo ínfimo? Y más aún, ¿qué puede decirse de la cobertura del conjunto?

Lo primero es hacer ver que el debate en torno a la naturaleza del peligro del art. 318 (¿abstracto o concreto?) ha contribuido no tanto a la claridad como a la **confusión**. Pues lo primero que cabe preguntarse es por el *objeto* de tal peligro (por su ubicación) y seguidamente por la *cualidad* de tal objeto²⁶.

3.1. Clase de peligro y objeto de protección.

²⁵ Supuesto que tal hipótesis culposa reciba aplicación: cfr. Londoño, Comentario a los arts. 316 y 317, *op. cit.*

²⁶ Esto último es correctamente advertido por Viveros, Miguel, “Sobre la Salud Pública y la infracción de la cuarentena”, *El Mercurio Legal*, 20 de junio de 2020.

Lo digo así, excusándome por el exceso de simplificación: respecto de la concreta salud individual (como bien jurídico “último”), el art. 318 puede bien considerarse como figura de *peligro abstracto*: sería absurdo interpretarlo al modo de una tentativa de lesiones inmateriales (del art. 398 CP, por ejemplo); pero respecto de un bien jurídico “adelantado” o ubicado “más acá” (como la “salud pública”), no puede ya afirmarse un *peligro abstracto*, no al menos si con ello se quiere decir “delito formal”²⁷.

Mi objeción central contra tal reducción sigue siendo la siguiente²⁸: con semejante interpretación, la figura se vuelve completamente formal (que es aún “menos” que decir de “peligro abstracto”), pues terminará por verse *peligro para la salud pública* allí donde se infrinjan las solas reglas de la autoridad. ¿Para qué sirve entonces la expresa exigencia de *puesta en peligro para la salud pública* que el legislador incorporó al art. 318 original en 1969 (ley N° 17.155)? ¿No es claro acaso —estando al tenor literal— que se quiso dar cobertura a “algo más” que la sola infracción de las reglas de autoridad típicas?²⁹

²⁷ Oo. Viveros, *op. cit.* En lo que sigue procuro dar razones en contra de aquella toma de postura.

²⁸ Cfr. Londoño, Comentario al art. 318, *op. cit.*, pp. 522-523 ejemplificando con el supuesto del individuo sano, reputado atípico conforme a aquella lectura. Más recientemente, ya bajo el contexto de pandemia, puede igualmente verse Londoño, Fernando, “Delitos contra la salud pública en tiempos de pandemia de COVID-19”, en Enfoque Derecho (PUCP, Lima), disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/11/delitos-contra-la-salud-publica-en-tiempos-de-pandemia-de-covid-19/>.

²⁹ Como argumento contra esta tesis se ha pretendido ver una contradicción en la paralela “rebaja” de pena operada por la misma ley n° 17.155 de 1969, la que —manteniendo el carácter alternativo de la pena privativa de libertad—suprimió el original grado medio del presidio. Con ello se pretende pues afirmar que no es verdad que quiso “exigirle más” al art. 318. Esta objeción debe rechazarse por las siguientes razones: (1) **Consideración sistemática**: el cuadro completo del párrafo 14 se modificó, con la introducción de figuras sustantivamente más lesivas (por ejemplo, el art. 315 actual de envenenamiento, en lugar de la “mezcla nociva” del original art. 316; y los delitos de tráfico de droga, nada menos, que estaban en este párrafo antes de la primera ley de drogas: art. 319a y siguientes del párrafo 14). En ese contexto, no tiene nada de extraño que el legislador de 1969 considerara al art. 318 como una de comparativo menor peso, en un contexto además en el que las penas del Código Penal no eran —en su conjunto—tan elevadas como ahora (piénsese solamente en los incrementos de pena introducidos en los delitos contra la vida, de reciente). Hay entonces que mirar la rebaja en el marco de la entera ley n° 17.155 y en el propio Código Penal, de modo sistemático y no tomarla como decisión aislada. (2) **Alcance práctico de la “rebaja”**: la “rebaja” es, por lo demás, de alcance práctico muy limitado, pues la pena sigue siendo alternativa (como en el original) y sólo se suprime el grado medio de la privativa. En un sistema como el chileno, con el juego de circunstancias y considerada además su “idiosincrasia”, se trata de una “rebaja” de alcance práctico muy reducido, mucho más entonces, cuando no regía el modelo procesal penal actual. (3) **Lo sustantivo y el contexto de Estado**. Como sea, no se puede prescindir de un dato muy objetivo: se incorpora en 1969 una inequívoca exigencia de puesta en peligro. Ello obedeció en general a la idea de poner la figura a tono con un derecho penal más moderno, en el sentido de liberal-democrático. No se veía bien en 1969 una norma cuyo contenido estaba por entero entregado a lo que quiera que la autoridad decida en tiempo de catástrofe o epidemia, sin ni siquiera publicar las reglas. Eso podía estar bien para un modelo de Estado de 1874 (con una sociedad además menos compleja y más reducida en número), pero no para 1969. ¡Piénsese nada más cómo se veían las cosas entonces y qué lejos estaba el Estado autoritario de “los decenios”, período inmediatamente anterior a la gestación de nuestro Código Penal. Todo lo anterior explica entonces la exigencia de peligro —¡que es importante para sortear una objeción de



El problema del art. 318 es que no contiene un "elemento objetivo" de peligrosidad estadística, como en cambio sí acontece en otros delitos de peligro abstracto bien asentados o validados (la propia *droga* en el delito de tráfico de droga o la dosis de *alcohol en la sangre* en el delito de manejo en estado de ebriedad). En mi opinión esto obliga al intérprete a buscar una interpretación que le confiera tal peligrosidad al art. 318 – honrando así su tenor literal– de modo de reconocer cobertura sólo allí donde se verifique “algo más” que la sola infracción de las reglas típicas. De otro modo –insisto– el delito se torna puramente formal. Se anula así el sentido práctico-operativo de la fórmula de "peligro para la salud pública"; o bien se la reduce a mera retórica, manipulable caso a caso. En un contexto similar, con razón Bustos y Politoff decían hace más de 50 años que todo eso no es más que “un rodeo para castigar la mera desobediencia”³⁰.

3.1.1. El fundamento preventivo-administrativo y su infracción como condición *necesaria* pero no *suficiente* para la imposición de la sanción penal.

¿Y no puede acaso contar el propio ambiente o la situación de emergencia pandémica como elemento típico-implícito de peligrosidad? ¿No es verdad acaso que se trata de una situación seria de peligro aquella en la que vivimos hoy? ¿No estamos pues obligados a permanecer en nuestras casas, en cuarentenas locales decretadas por la autoridad, precisamente para no correr el peligro de contagiarnos (afuera) y con ello –cumulativamente– colapsar el frágil aparato hospitalario nacional? ¿No basta pues aquella peligrosidad “ambiental” o “circunstancial-excepcional” para completar el injusto penal de un modo inmanente en el tipo del art. 318?³¹

Todo lo anterior es cierto y válido –¿quién podría ponerlo en duda?– pero sólo como fundamento de la medida de autoridad que nos tiene a todos en cuarentena o toque de queda, mas no –a la vez– como fundamento del injusto penal. Para ello se requiere “algo más”, que el propio tipo penal se encarga de exigir, explícitamente.

En otras palabras: tal peligrosidad ambiental –innegable, insisto– es el fundamento de las restricciones de libertad que estamos los chilenos experimentando, como casi todas las

inconstitucionalidad!— así como la exigencia de que las reglas se publiquen oficialmente, que es también incorporación de la reforma de 1969.

³⁰ Bustos & Politoff, op. cit, p. 40; p. 1278.

³¹ Planteo en estos términos la objeción que se me ha formulado en distintas discusiones por estimados colegas, todos sensibles al peligro de estos días (al igual que yo, pues todo indica que con este Covid-19 no se juega ni se apuesta). Agradezco en este contexto al colega Andrés Salazar, por su paciencia y diligencia, propias de un “sparring partner” muy fuera de lo común. En otro contexto, Salazar ha cuestionado mi idealización “racionalista” del sistema de precios de los mercados de valores, a la Eugene Fama, defendiendo en cambio Salazar una visión a la Shiller o Thaler: supongo entonces que deberá estar de acuerdo con mi crítica a la idealización del concepto de salud pública que más abajo efectúo. Consistencia obliga.



www.criminaljusticenetwork.eu

poblaciones del mundo en este 2020. Ellas explican cuarentenas y toques de queda, sobre la base de modelos epidemiológicos científicamente validados —y por lo demás muy intuitivos— conforme a los cuales: *a menor desplazamiento humano, menor contacto, menor contagio, menor riesgo de colapso de las instalaciones médicas, mayores posibilidades de cura médica de contagiados y no contagiados*, etc.

Hasta ahí el fundamento de las medidas administrativas profilácticas en su mejor expresión preventiva. La sanción penal —como *reacción encarnada* que es— no puede sin embargo descansar en exactamente el mismo fundamento/infracción, sin más. Sobre esto podría abrirse un debate filosófico-jurídico: y serán más sensibles a la posición contraria quienes no vean diferencias cualitativas entre lo administrativo y lo penal, etc.; pero podemos ahorrarnos ese debate aquí: pues el tipo del art. 318 es explícito en su exigencia de “algo más” que la mera infracción de la regla de autoridad en tiempo de epidemia o contagio: una *puesta en peligro para la salud pública*.

Quien por tanto afirme que la posición aquí defendida “le pide mucho” al art. 318 deberá antes que nada examinar la norma y advertir que es él o ella la que “le pide poco”. Mi hipotético contradictor tiene pues la carga de la prueba: una que justifique cómo es que termina por no darle sentido útil alguno a una fórmula explícita del art. 318 e introducida en 1969 precisamente con el propósito de “exigir más” (y que el legislador de 2020 no tocó). Se comprende que no basta con afirmar que esa fórmula sirve para un juicio de imputación objetiva o idoneidad sobre el valor preventivo-sanitario de las reglas de autoridad, de tal modo de discriminar entre las que fungen como elementos del tipo y las que no. Para eso —un juicio que igualmente deberá darse, ya desde el control de legalidad— no hacía falta aquella exigente fórmula.

3.1.2. *You can't have your cake and eat it too*: la posible objeción de constitucionalidad.

La anotada reducción a delito formal presenta además un inconveniente en sede de constitucionalidad: si todo lo que queda del tipo del art. 318 es la *infracción de reglas de autoridad* (las más de las veces infra-legales³², salvo los contados casos reconducibles al Código Sanitario³³), entonces se ha abierto de par en par un flanco en sede de legalidad/tipicidad, en tanto ley penal en blanco propia que es (cfr. art. 19 n. 3 inc. final de la CPR chilena)³⁴. Bien lo

³² Comenzando por el Reglamento Sanitario Internacional y siguiendo con los Decretos y las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Salud precisamente para combatir la epidemia. De especial relevancia en este plano, cfr. Decreto n° 4 del Ministerio de Salud, 5 de febrero de 2020 (D.O 8.02.2020), con modificación por el Decreto n° 19 del 6 de junio de 2020.

³³ Arts. 22 y 25 por ejemplo, respecto de la autoridad sanitaria y directores de establecimientos educacionales, sin relación con los casos hasta ahora de interés para el sistema.

³⁴ Para hipotéticos lectores extranjeros, la Constitución chilena garantiza que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *expresamente* descrita en ella” (cursiva mía). A partir de esta



www.criminaljusticenetwork.eu

veía el H. Senador Huenchumilla en la discusión del proyecto, preguntándose por la existencia del “núcleo esencial” de la conducta en la propia ley³⁵. **La lectura formalista está así atenazada entre dos fuegos:** ya por una exigencia de alguna forma de peligrosidad adicional, ya por la exigencia de tipicidad³⁶. No se puede tenerlo todo. *You can't have your cake and eat it too*, si se me excusa el anglicismo.

3.2. La cualidad del objeto. Dos nociones de salud pública: “dependiente-empírica” y “autónoma-institucional”.

Pero había quedado pendiente una segunda distinción necesaria para el esclarecimiento del asunto. Definido ya que se trata de puestas en peligro para la salud pública (y no directamente la salud individual), ¿qué ha de entenderse por tal concepto, qué cualidad tiene? Este punto es posiblemente el de mayor interés teórico y político-criminal, y el riesgo sería el de extenderse demasiado, no siendo éste el lugar oportuno. Me excusarán por tanto si recorro a un simple esquema³⁷. Dando por sentado que se trata de un bien jurídico “poco claro”³⁸, dos nociones de salud pública se disputan el terreno:

fórmula, el Tribunal Constitucional (cfr. STC 24 de 1984; STC 468 de 2006; STC 781 de 2007; STC 1011 de 2008; y STC 2773 de 2016) ha elaborado una doctrina en materia de tipicidad penal, conforme a la cual no es preciso que la conducta esté *completamente* descrita en la ley, pero sí que al menos el *núcleo esencial de lo prohibido* se encuentre contenido en norma de rango legal. Fuera del núcleo se admite el recurso a normas infra-legales, a modo de complemento. Así planteada parece una doctrina plausible, pero su aplicación ha sido problemática, desde ya porque el Tribunal Constitucional parece no tener claro qué es nuclear y qué no (noción por lo demás que bien se presta para manipulaciones), admitiendo en ocasiones la constitucionalidad de tipos penales a todas luces abiertos o indeterminados.

³⁵ Cfr. Historia de la ley nº 21.240, Informe de la Comisión de Constitución del Senado en 2do. Trámite constitucional, pp. 8-10. Véase también la respuesta del H. Senador Araya (p. 10): disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7758/>.

³⁶ De reciente, afirmando la inconstitucionalidad del art. 318 CP, cfr. Navas, Iván, “Covid-19 e imputación objetiva de su contagio”, en *Criminal Justice Network*, 9 de junio, disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/covid-19-e-imputacion-objetiva-de-su-contagio>. El punto es discutible y merecería un espacio *ad hoc*. Puede decirse en todo caso que la inconstitucionalidad resulta más plausible desde el fundamento formal-político (democrático) de la garantía, que desde su fundamento en la culpabilidad (fundamento este último que va adquiriendo franca primacía en un contexto como el europeo: cfr. Silva Sánchez, Jesús María, “Sullo stato del principio di legalità penale”, en Stile, Manacorda & Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, ESI, Napoli, 2015, pp. 181-197). Lo anterior desde que difícilmente pueda el ciudadano alegar “desorientación normativa” en un estado de excepción pandémica, donde no hay espacio de la vida social que no esté permeado por la emergencia y sus necesidades preventivas. Hay por lo demás deberes asociados a la prevención del contagio que parecen inherentes a todo tipo penal en este ámbito.

³⁷ Adicionalmente, cfr. Londoño, Comentario preliminar al párrafo 14, *op. cit.* pp. 418 y ss. Con una completa perspectiva histórica, cfr. Doval Pais, Antonio, *Delitos de fraude alimentario*, Aranzadi, 1996, pp. 246 ss.

³⁸ En estos términos (“*undeutlich*”), con referencia a la *Volksgesundheit* como bien jurídico, cfr. Roxin, Claus, AT I, CH. Beck, München, 4 ed., 2006, 42 H, nm. 69, p 35.



www.criminaljusticenetwork.eu

(i) Una lo concibe como un bien carente de autonomía “ontológica”: es decir, una mera metáfora, heurísticamente representativa de nada más que la estrategia de persecución adelantada y de *peligro común* seguida por el legislador en esta clase de delitos; de allí entonces su dependencia o referencia a una dimensión más bien “empírica”: *la salud individual de la población o de un número indeterminadamente grande de ella*.

(ii) La noción contraria se vislumbra ya: reconoce en la salud pública un bien autónomo — merecedor de protección en sí mismo— connotado institucionalmente y sin referencia inmediata a dimensiones “empíricas” (o cuanto menos sin que ella aparezca en primer plano). La entiende así como el *conjunto de condiciones institucionales* que favorecen el acceso y preservación de la salud por la población³⁹.

En lo sucesivo me referiré a la primera noción como “dependiente-empírica” y a la segunda como “autónoma-institucional”.

3.2.1. La noción más “cool”

¿Qué noción es más “cool”, más moderna y más propia de un Estado desarrollado de bienestar social? Claramente la segunda: ¿quién podría negarlo? Su reconocimiento sin embargo supone que tal realidad institucional exista en un grado suficiente en países como el nuestro, pues de otro modo el voluntarismo teorizante chocará con la realidad. Peor aún: el tipo penal no servirá más que de pretexto (esgrimido me temo contra los sectores más vulnerables de la población, las más de las veces) para *intentar* con el derecho penal —siempre “de última hora”— todo aquello que no se ha hecho o resuelto allí donde importa: la profilaxis administrativo-sanitaria, que no se improvisa, sino que depende de un sedimento de instituciones y de cultura.

Como se ha visto ahora —tras esta pandemia— esa institucionalidad supone también dimensiones no estrictamente sanitarias, pero que posibilitan la vida intramuros: acceso a dinero giral y correspondientes medios de pago, por mencionar la más básica necesidad alimentaria y cuya ausencia explica el desborde de personas cobrando pensiones y gestionando físicamente todo tipo de asuntos.

No viene al caso identificar aquí el *grado de existencia* que presenta semejante realidad institucional en nuestro país. No tengo las competencias para hacerlo, aunque los datos puedan

³⁹ En este sentido Guzmán, José Luis y Horvitz, María Inés, “Recensión: Couso Salas, Jaime; Hernández Basualto, Héctor (dir.): Código penal comentado. Parte especial. Libro segundo, título VI (arts. 261 a 341), en *Polít. crim.* [online]. 2019, vol.14, n.28, pp.595-606, p. 603, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000200595&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200595>. De reciente también en este sentido, Viveros, *op.cit.* Véanse también antecedentes en la historia de la ley n° 17.155 de 1969, en posición del H. diputado Giannini: cfr. Londoño, Comentario preliminar al párrafo 14, *op. cit.*, pp. 420-421.



estar a la mano. Diré nada más que quien crea que nuestro sistema de salud pública se compara a los de la Europa continental o mediterránea, deberá despertar de su sueño o adentrarse en el Chile profundo, que puede estar a pocos kilómetros de nuestros hogares. Digo todo esto sin ningún afán de militar con los moralismos de moda⁴⁰.

3.2.2. La noción histórica y positiva

Queda clara pues qué noción es más *cool* y más moderna. ¿Pero qué noción ha sido sostenida en Chile con motivo del párrafo de delitos contra la salud pública? Ya se adivina: la primera noción, y creo que con razón, aunque con un matiz que luego ofreceré. Ésta ha sido pues la posición tradicional en el penalismo chileno⁴¹ —más acorde con la visión liberal decimonónica que todavía parecía hacer suya la ley n° 17.155 de 1969— y que puede encontrarse en al menos una **sentencia de la Corte Suprema de 1970** y en alguna antigua sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago⁴².

Posiblemente más relevante para el presente, la noción “dependiente-empírica” es concordante con relevantes disposiciones administrativo-sanitarias, entre las que destaca la definición de “riesgo para la salud pública” y de persona u objeto “afectado” del **Reglamento Sanitario Internacional** de la OMS de 2005, positivizado en Chile mediante Decreto n° 230 del Ministerio de RREE, de 17 de septiembre de 2008.

⁴⁰ En lo demás, la monolítica visibilidad de casos *micro* (infracción de cuarentenas por particulares), sin aparición de casos *macro* (infracción por autoridades o personal sanitario encargado) sugiere que o bien nuestro sistema sanitario está blindado frente a malas prácticas o errores, o bien hay ahí una cifra negra que el sistema—quizás precisamente por las antiparras del modelo *micro*—no ha sido capaz de advertir.

⁴¹ Cfr. Londoño, Comentario preliminar al párrafo 14, *op.cit.*, pp. 418 y 419, con referencia a las posiciones de Alfredo Etcheberry y Gustavo Labatut, seguidas de las explicaciones de Sergio Politoff y Jean Pierre Matus a propósito de la noción de salud pública para los delitos de tráfico de droga, y terminando con una más reciente toma de posición de Héctor Hernández. En palabras de Alfredo Etcheberry: “no hay una ‘salud colectiva’ sino en sentido metafórico [pues] quienes disfrutaban de ella o se ven privados de la misma son las personas individualmente consideradas” (Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. IV, p. 283).

⁴² Poco después de haber entrado en vigencia la ley, la Corte Suprema sostuvo que en este párrafo “se cautela la salud o la vida de un número indeterminado de individuos, y que, en su esencia, se caracterizan por el peligro común o colectivo que ellos representan (...)” (SCS de 27 de octubre de 1970 RDJ, T. LXVII [1970], 2° parte, secc. 4°, 444-448, 447, considerando 7°; citada también como “Contra María Clemencia Gutiérrez”, por Etcheberry, Alfredo, *El derecho penal en la jurisprudencia*, Ed. Jurídica de Chile, 2da. Ed., 1987, IV, 542). Igual opinión sostuvo la Corte de Santiago respecto del delito de adulteración de alimentos del art. 316 original del Código, afirmando allí un “peligro común o colectivo” para “la salud o vida de un número indeterminado de personas” (SCA Santiago de 4 de mayo de 1959, RDJ, T. LVI [1959], 2° parte, secc. 4°, 201-203; citada también como “Contra Alberto Martínez Peña” por Etcheberry, *Derecho Penal en la Jurisprudencia*, *op. cit.*, III, 461). Por su parte, la historia fidedigna de la Ley N° 17.155 da cuenta de una enorme disparidad de pareceres, para lo que se reenvía a Londoño, Comentario preliminar, *op. cit.*, pp. 420 y 421.



www.criminaljusticenetwork.eu

En efecto, entiende tal Reglamento por "**afectado**": "personas, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías, paquetes postales o restos humanos que están infectados o contaminados, o que son portadores de fuentes de infección o contaminación, de modo tal que constituyen un riesgo para la salud pública". Y luego, por "**riesgo para la salud pública**": "la probabilidad de que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague internacionalmente o pueda suponer un peligro grave y directo" (cfr. definiciones en el art. 1º del citado Reglamento; los destacados son míos).

No hace falta decir más para advertir que esta noción es validada por la nueva ley nº 21.240, pero sobre esto se volverá en seguida. Como sea, todo esto corre el riesgo de adquirir el insulso aroma del nominalismo o del conceptualismo estéril, pero algo más puede todavía decirse con provecho dogmático.

3.3. Consecuencias de la recobrada sensibilidad institucional: del *bottom-up* al *top-down*. Un caso clamoroso de puesta de peligro por infracción de la autoridad

La por momentos estéril revisión conceptual sirve para dar un paso quizás más profundo. Y es que la recobrada sensibilidad institucional de la noción autónoma abre al menos tres horizontes de reflexión dogmática:

- (i) Primeramente, la **advertencia sobre la visión individual-atomizada** que se halla en la base de la noción dependiente-empírica (tal atomización no es la realidad del mundo social, no hace falta decirlo, por más que pueda ser adoptada para fines operativos por un derecho penal liberal respetuoso del derecho positivo, atendiendo al grado de realización de las instituciones en un determinado lugar y contexto histórico);
- (ii) Segundo, la advertencia sobre un **riesgo de inadecuada generalización** con el que se ha venido trabajando y que extiende –sin matices– la noción dependiente-empírica a todo el párrafo 14 de *delitos contra la salud pública* (en el Título VI del Libro Segundo del CP chileno). En efecto, el concepto tradicional parece ajustarse mucho mejor a las figuras ubicadas en el centro del párrafo 14: arts. 313d, 314, 315 y 316, todas descifrables en clave empírico-causal y todas cubiertas por la calificación de resultados del art. 317, inc. 1º. Matices podrían en cambio hacerse para las figuras de ejercicio ilegal de la medicina



www.criminaljusticenetwork.eu

(313a), charlatanería (313b) y, quizás, para el propio art. 318⁴³. Explorar el alcance de esos matices no puede ser ya asunto de este trabajo⁴⁴.

- (iii) Tercero, y mucho más relevante en términos prácticos, esta noción ofrece una perspectiva mejor para apreciar la relevancia típica de infracciones no ya sólo por ciudadanos contagiados o creadores de peligro de contagio, sino también por responsables de la implementación de las políticas de contención del contagio: todos quienes son responsables de espacios o dimensiones de la institucionalidad, así como aquella vive en el mundo de los hechos. Esta perspectiva mira pues hacia arriba y no sólo hacia abajo: ya no un modelo *bottom-up* sino uno *top-down*, para decirlo con categorías prestadas y no del todo exactas aquí.

Sorprendentemente, esta perspectiva —más moderna y más sensible al orden institucional— no es la que recoge la ley n° 21.249. En efecto, la nueva ley adopta una técnica descriptiva de cuño comparable al del art. 316 y que inequívocamente se centra en las infracciones de particulares. Prueba de aquello es el nuevo art. 318 bis: allí se favorece un modelo de incriminación excluyente de la responsabilidad penal de autoridades sanitarias u otras afines que puedan propiciar el contagio con conductas infractoras de las medidas preventivas ordenadas con carácter general por la autoridad administrativa superior, las más de las veces por vía omisiva. Para ese tipo de conductas, el “viejo y bueno” art. 318 seguirá siendo de utilidad, aunque con una pena relativamente devaluada: más pena entonces para el ciudadano contagiado que quebranta su aislamiento, que para el facultativo-médico que dolosamente omite reportar el contagio a la autoridad para su registro; o bien para la autoridad administrativa sanitaria que, recibiendo oportunamente el reporte, omite disponer la medida de aislación respecto del ciudadano contagiado. Se comprende que esta situación penológica representa un contrasentido tanto desde el potencial lesivo de conductas realizadas “desde arriba” por una autoridad, ni atendido el deber especial de tales autoridades.

Para ilustrar mejor el punto propongo un caso de infracción clamorosa “desde arriba”, ciertamente creadora de peligro para la salud pública (en principio por vía omisiva).

Caso hipotético:

⁴³ Cfr. Guzmán & Horvitz, *Reseña*, op.cit., 603-604, quienes ya lo advertían para al menos los primeros dos delitos. Una sugerencia general en este sentido puede leerse también en Viveros, *op.cit.*

⁴⁴ Cfr. Londoño, Comentario a los delitos contra la salud pública, *op. cit.*, donde claros matices ya se advertían para el ejercicio ilegal de medicina y afines del art. 313a (pp. 426-426), la charlatanería del art. 313b (pp. 450-451). No se matiza en cambio respecto del art. 318 (pp. 519-520), para el que se identifica un bien jurídico en todo equivalente al dependiente-empírico de las figuras centrales del párrafo (arts. 313d, 314, 315 y 316).



www.criminaljusticenetwork.eu

La autoridad responsable que, infringiendo lo dispuesto en el art. 3º n. 15 del Decreto 4 de 5 de febrero de 2020 del Ministerio de Salud no deniega o autoriza “la entrada al país de ciudadanos extranjeros no residentes en Chile, sospechosos o afectados por el nuevo coronavirus 2019”. Se verifica luego la presencia de un número significativo de contagiados entre los ciudadanos extranjeros.

¿Responsabilidad bajo la nueva figura de riesgo de propagación? No es posible, estando al inequívoco tenor literal. Pues bien: sólo el viejo art. 318 podrá ser utilizado para dar cobertura a este supuesto clamoroso de peligro desde arriba.

Así, el signo de la nueva ley deja *off-side* a sus propios partidarios, cuanto más si abogaban desde una sensibilidad comprensiblemente desarrollista e institucional.

Por todo lo dicho es curioso que precisamente quienes afirman el carácter autónomo-institucional (**perspectiva macro**) de la noción de salud pública como bien jurídico, pongan el énfasis en la punibilidad de conductas de sujetos particulares sin *competencia en o por el sistema* (**perspectiva micro**). La paradoja llega al extremo cuando aquello se afirma de ciudadanos **no contagiados**, para volver al *punctum dolens* del debate actual⁴⁵. Y es que, a mi modo de ver, una noción autónoma-institucional “le pide más” y no menos al viejo o nuevo art. 318 CP: ¿pues si el objeto son esas “condiciones institucionales” (algo mayor, sedimentado y relativamente estático, como todo lo “institucional”), en qué medida puede decirse que las pone en peligro el ciudadano no contagiado que sale de su casa violando el toque de queda o la cuarentena comunal? Yo diría que aquella lectura pone más bien las cosas cuesta arriba si se trata de subsumir ese tipo de casos⁴⁶.

Se me responderá todavía que el peligro viene presumido o asumido por el tipo (de peligro abstracto como es) y que por tanto la verificación misma del peligro está fuera de lugar. A ello debe replicarse que nada se ha ganado entonces con el recurso retórico al bien jurídico “salud pública”: pues al mismo resultado práctico (de subsunción de casos) se llega si se suprime mentalmente la expresa exigencia legal de *puesta en peligro para la salud pública* y se entiende que *la sola infracción a las pertinentes reglas higiénicas* satisface el tipo. Se revela así una fórmula —la del peligro abstracto y la respectiva referencia a las condiciones institucionales— vacía o inútil para la praxis (amén de voluntarista en sede de peligrosidad).

⁴⁵ Afirmando la subsunción de los no contagiados infractores de cuarentena, cfr. Viveros, *op.cit.*

⁴⁶ Pero vaya a saber uno: la retórica de los bienes jurídicos inmateriales lo puede casi todo y quizás alguien podría incluso decir que no se trata de *puestas en peligro*, sino derechamente de *lesiones* a tan alto bien, argumentando desde un ángulo conjetural-acumulativo.



4. Ahora sí: una valoración articulada del subconjunto 318-318 *bis*.

Retomemos las preguntas dejadas en suspenso arriba en el punto 3: ¿cómo impacta el nuevo art. 318 bis en la interpretación del art. 318? ¿Ejerce acaso el nuevo tipo una suerte de presión bagatelizadora sobre la vieja figura, de tal suerte que —ahora sí— cubra todo aquello que antes era dudoso, comenzando por lo ínfimo? Y más aún, ¿qué puede decirse de la cobertura del conjunto?

Lo dicho hasta aquí permite afrontar esta cuestión a velocidad de ultra-sonido. En efecto, varios presupuestos de esta reconstrucción han sido ya anticipados.

Superada la tentación de ver en el nuevo art. 318 bis (riesgo de propagación) poco más que una forma redundante del art. 318, obligada resulta la búsqueda de una articulación interior al conjunto. Y tal parece que la nueva ley ha operado dos movimientos sincrónicos sobre el viejo art. 318: de devaluación y de revaluación.

4.1. Devaluación. Una primera lectura superficial sugeriría una presión hacia abajo o bagatelización del art. 318. Otra forma de decir lo mismo es reiterando la idea —expresada majaderamente durante el trámite legislativo⁴⁷— de que el nuevo tipo de riesgo de propagación sería de peligro concreto, mientras que el viejo art. 318 sería de peligro abstracto. ¿Pero qué quiere decir eso?

Ya hemos advertido sobre lo confuso de estas nociones cuando utilizadas en voladizo. Si acaso con ello quiere decirse que el viejo art. 318 es un residual “atrapa-todo”, meramente formal y reforzador de cuantas reglas cautelares publique la autoridad sanitaria en este período (incluyendo por tanto la subsunción de las meras infracciones de cuarentena o toque de queda), entonces esta lectura ha de rechazarse, por todo lo que ya se ha dicho. Ni aún el *implícito* tras la agravante del nuevo inciso segundo puede conducir a este resultado.

En otro lugar se ha defendido que el art. 318 debe interpretarse como *delito de idoneidad* o de *peligro abstracto-concreto*⁴⁸, lo que significa que no es ni un delito formal, ni uno que requiera la acreditación de un peligro efectivo para alguien o algo determinado⁴⁹. Dicho en positivo: se favorece para el art. 318 una interpretación que suponga la verificación o acreditación de una determinada forma de peligrosidad o idoneidad lesiva. Se trata entonces no de una exigencia

⁴⁷ Cfr. la historia de la ley nº 21.240, insistiéndose además en la insuficiencia penológica del art. 318.

⁴⁸ Cfr. Londoño, Comentario al art 318, op. cit., pp. 422-423 y pp. 520 y 522.

⁴⁹ La literatura comparada sobre esta categoría de delitos es inabarcable. Para limitarnos a nuestro medio, cfr. Maldonado, Francisco, “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, en REJ, nº7, 2006, pp. 23-63; y la monografía de Vargas, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, esp. pp. 331 ss.

de *peligro* corrido o efectivo, sino de *peligrosidad*, aunque *no presunta* (peligro abstracto puro), sino requerida de acreditación en el proceso penal. Esta exigencia cumple fines de legitimación⁵⁰, pero antes que nada ofrece un sentido posible para la fórmula expresa de *puesta en peligro para la salud pública*.

En cuanto al **art. 318 bis**, sería en efecto un supuesto de peligro concreto (*generación de riesgo de propagación*⁵¹), con todas las dificultades de prueba que eso supone. Así se habría defendido por los sostenedores de la nueva figura durante el trámite legislativo—incluso majaderamente— y un primer pronunciamiento judicial apunta ya en esta dirección⁵².

4.2. Revaluación. Una segunda mirada permite afirmar que la nueva ley no ha necesariamente devaluado el viejo tipo: la pena por de pronto ha sido elevada, como ya visto. Y aunque la nueva agravante sugiere inequívocamente la subsunción de “ciudadanos no contagiados”, la afirmación es casi trivial y no representa novedad. En efecto, para casos calificados —de ostensible creación de riesgo común— la subsunción debía afirmarse ya antes de la reforma: ¿O acaso ha de estar contagiado el encargado de una unidad sanitaria que dolosamente infringe el deber de reportar un caso de contagio (art. 22 del C. Sanitario), o la autoridad que recibiendo el reporte no dispone la medida de aislamiento, o el encargado de un establecimiento educacional que lo pone en marcha infringiendo las medidas preventivas decretadas en tiempo de pandemia (art. 25 del C.S) o, en fin, el encargado de unidad sanitaria que desatiende cualquiera de los muchos deberes que han venido a imponer los decretos de emergencia? (cfr. Decretos n.ºs. 4, 6, 10 y 19 del Ministerio de Salud, todos 2020, incluyendo deberes de disponer contrataciones para la ampliación del personal sanitario, entre otros muchos destinados a hacer frente a la crisis pandémica). Véase en este contexto el Decreto n.º 4 del Ministerio de Salud, de 5 de febrero de 2020, que decreta la alerta sanitaria por Covid-19 con facultades y deberes depositados sobre las Seremi de Salud, especialmente los numerales 8, 12 a 17 y 20 de su art. 3^o⁵³).

⁵⁰ Cfr. Cabezas, op. cit., *passim.*, aunque ponderadamente advirtiendo sobre las dificultades de semejante esfuerzo (p. 115).

⁵¹ Entendiendo aquí riesgo como “posibilidad” de propagación o contagio (verificable *ex post*) y no simplemente como “incertidumbre” (*ex ante*). Entenderlo en el segundo sentido sería vaciar de contenido la fórmula, que vendría a coincidir con el fundamento de la imposición del aislamiento preventivo. A mi juicio, se trataría de una reducción análoga —*mutatis mutandis*— a la que opera en el art. 318 cuando se afirma que el peligro para la salud pública coincide con la infracción de la pertinente regla sanitaria. Un art. 318 bis distinto, más “eficaz” autosuficiente o prescindente de estas verificaciones *ex post* —propias de la noción tradicional de peligro concreto— podría imaginarse, ciertamente, dada la urgencia que corre, pero a mi juicio no es el tipo que terminó ofreciendo el legislador con la ley n.º 21.240. Cuando había yo ya enviado esta contribución para publicar, pero podía todavía “atajarla” y rectificar algún punto marginal, tuve un afortunado intercambio de ideas con Juan Pablo Mañalich. Esta nota, junto a otras rectificaciones en el esquema final de casos, fueron todavía posibles en ese contexto. La constancia aquí es meramente para agradecer, pues al estimado colega Mañalich no debe imputársele ninguna de las inconsistencias del presente texto. No hacía falta decirlo.

⁵² Cfr. en este sentido SCA de Rancagua, Rol 773-2020 de 29 de junio de 2020.

⁵³ “Artículo 3.- Otórgase a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país, facultades extraordinarias



¿No estaban acaso cubiertos estos casos bajo el art. 318? ¿Dónde de otro modo? La recobrada sensibilidad institucional —*top-down*— nos ha puesto estos casos frente a nuestros ojos. Y como ya se ha dicho, la orientación micro (dirigida al ciudadano) de la ley n° 21.240 no ha ofrecido nuevos espacios para estos supuestos potencialmente más lesivos que los quebrantamientos ciudadanos.

Dejando de lado estos casos, que como se ha dicho no caben en el nuevo tipo de *riesgo de propagación*, ¿cómo se distribuye entonces la competencia entre la vieja y la nueva figura? La clave está en la clase de norma infringida: **general** en el caso del art. 318 (infracciones de **cuarentenas** zonales o cordones sanitarios, siempre calificadas por la puesta en peligro) y **especial** en el caso de la nueva figura, lo que supone entonces quebrantamiento de la medida de **aislamiento** por contagiados⁵⁴, siendo en cambio problemático el caso del sospechoso cuyo

para disponer, según proceda, de todas o algunas de las siguientes medidas: “8. Disponer de la prohibición de funcionamiento de los establecimientos y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos. (...) 12. Disponer de las medidas necesarias para evitar aglomeraciones de gente en espacios cerrados o abiertos que puedan fomentar la propagación del virus. 13. Disponer el aislamiento de las personas que estén infectadas con el nuevo coronavirus 2019, o bien, bajo sospecha de estar infectadas, de tal forma que se procure la contención de la propagación de dicho virus. 14. Localizar a quienes hayan estado en contacto con personas sospechosas o afectadas por el nuevo coronavirus 2019. 15. Denegar la entrada al país de ciudadanos extranjeros no residentes en Chile, sospechosos o afectados por el nuevo coronavirus 2019. 16. Denegar la entrada en las zonas afectadas por el nuevo coronavirus 2019 a las personas no afectadas. 17. Suspender las clases en establecimientos educacionales y las actividades masivas en espacios cerrados. (...) 20. Disponer la prohibición temporal de desembarco de pasajeros de naves y aeronaves.”

⁵⁴ Así se desprende de una serie de pasajes de la historia de la ley: allí donde se insistía por parte de quienes defendían la aprobación del nuevo art. 318 bis (asesores del Ministerio del Interior y Ministerio Público) que se trataba de un delito de peligro concreto y relativo a contagiados o, en todo caso, sospechosos sujetos a medidas de aislamiento individual. A título ejemplar considérese el siguiente pasaje atribuido al Fiscal Nacional en el Informe de Constitución del Senado, 2do trámite constitucional: “El Fiscal Nacional del Ministerio Público (...) explicó que en el artículo 318 se evidencia un delito de peligro abstracto y, en sentido opuesto, en el artículo 318 bis se plantea un ilícito de peligro concreto, que requiere de un dolo específico, consistente en el conocimiento por parte de la persona de que se encuentra contagiada, con lo cual pone en riesgo la diseminación de agentes patológicos. Por su parte, en el artículo 318 sólo se constata el peligro de afectación de la salud pública, sentenció. // Confirmó que la institución a su cargo está de acuerdo con la incorporación de esta figura agravada, puesto que no es posible encuadrarla en la conducta típica descrita en el artículo 318 y resulta necesario contemplar un reproche penal más intenso para quien, en conocimiento de su de condición, circula y pone en peligro concreto a otras personas. Si no lo sabe, no existiría dolo. // Hizo notar que la justicia podrá determinar dicha condición mediante **los listados de personas contagiadas que posee el Ministerio de Salud** y que también consideran a quienes están en espera de los resultados de sus exámenes.” (el destacado es mío). Otro tanto se desprende de la intervención del asesor del Ministerio del Interior, quien primero ilustró el sentido de la propuesta formulada por su cartera: “El Jefe de Asesores del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (...) hizo presente que el objetivo de la propuesta es la creación de un tipo agravado para sancionar la conducta de aquella persona que, sabiendo que está contagiada o que ha tenido un contacto estrecho con alguien enfermo o que está a la espera del resultado de un examen, infrinja una orden de la autoridad sanitaria.” (también del informe de la Comisión de Constitución del Senado).



contagio resulta descartado⁵⁵. En cada caso se adopta la noción de cuarentena y aislamiento que se impone en el reglamento sanitario internacional, como se ha dicho más arriba⁵⁶.

Esta distinción discurre del propio texto y no es contradicha por la historia de la ley (cfr. *supra* nota 52). Por lo demás, las viejas faltas de los art. 495.1 y 496.1 CP —que han tenido también su vida en tribunales en el marco de la pandemia, invocadas por las defensas como espacios de cobertura de los supuestos de infracción por no contagiados— se distinguen precisamente desde este ángulo: *contravención de reglas dictadas por la autoridad*, en el primer caso; *desobediencia a órdenes particulares de la autoridad*, en el segundo.

4.3. El caso italiano. Una rápida nota comparada para cerrar. Y es que hay un cierto paralelismo con las decisiones de criminalización adoptadas en una jurisdicción de especial interés en este plano, precisamente por haber sido el primer país occidental golpeado duramente por el contagio de Covid-19: el caso de Italia⁵⁷. Sanción meramente administrativa se reservó allí para prácticamente todos los casos de simple infracción, salvo para el quebrantamiento de aislamiento por el contagiado (D.L. 16 maggio 2020, n. 33, art. 2, comma 3), los que se castigan por vía contravencional (falta penal) con prisión (*arresto*) de hasta 6 meses y multa (por reenvío al art. 260 del Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265). Supuestos ya gravísimos quedan entregados a tipos en parte comparables a nuestro art. 316: el art. 438 CP it., de causación de epidemia, sancionado con pena de presidio perpetuo; o la respectiva figura culposa (art. 452 CP it., con pena de uno a cinco años de reclusión). Todo indica que estos supuestos quedarán reservados para casos realmente muy excepcionales, considerada la alta exigencia (causación de epidemia nada menos) y las consecuentes dificultades probatorias⁵⁸. En un primer momento se habría intentado usar la contravención penal del art. 650 CP —equivalente a nuestras faltas del 495 n° 1 y 496 n° 1— pero luego se habría dejado de lado, entre otras razones por ser una ley penal en blanco tendencialmente inconstitucional. Como

⁵⁵ Precisamente en atención al carácter de delito de peligro concreto puesto en evidencia en la nota anterior.

⁵⁶ Cfr. *supra* definiciones de aislamiento y cuarentena del Reglamento Sanitario Internacional.

⁵⁷ Para una cobertura completa véase la siempre actualizada revista online *Sistema Penale* <https://sistemapenale.it>. De especial interés sobre este punto, cfr. Gatta, Gian Luigi, “Emergenza Covid-19 e “fase 2”: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.05.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)”, en *Sistema Penale*, disponible en <https://sistemapenale.it/it/scheda/emergenza-covid-19-e-fase-2-misure-limitative-e-sanzioni-nel-dl-1652020-n-33-e-una-nuova-disciplina-della-quarantena-gian-luigi-gatta>. De más amplio alcance y con sentido crítico, cfr. igualmente Gatta, Gian Luigi, “I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena”, en *Sistema Penale*, disponible en <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/diritti-fondamentali-coronavirus-necessaria-una-legge-sulla-quarantena-gian-luigi-gatta>, ofreciendo un cuadro comparado (incluyendo Estados Unidos y Reino Unido) a la luz de los derechos fundamentales.

⁵⁸ De reciente, haciendo ver los límites de la figura, así como tradicionalmente interpretada, cfr. Perrotta, Emanuele, “Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 C.P.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive”, en *Ridpp*, 2020 fasc.1, pp. 178 ss. De las restricciones interpretativas que el autor critica, sorprendente es la exclusión como sujetos activos de quienes padecen la enfermedad contagiosa, en tanto no podría decirse que los contagiados “posean” los gérmenes.



www.criminaljusticenetwork.eu

puede apreciarse, nuestro punitivismo supera al italiano con larga distancia: aquí el Ministerio Público considera insuficiente el art. 318⁵⁹.

5. Conclusiones y concreta propuesta de cobertura para los arts. 318 y 318 *bis*.

En lo que sigue se abrochan unas conclusiones, rematando con una propuesta preliminar de cobertura para cada figura, en base a esquemas de casos. El suscrito pide aquí benevolencia, si puede permitírselo. Y es que muchos puntos ciegos e inconsistencias internas se revelarán al poco andar. Indispensable es también considerar la inserción del art. 318 ter en el conjunto y tanto más la dimensión procesal penal del asunto, que aquí no ha sido abordada. La propuesta asume pues de buen gusto el signo de lo provisorio, que es el signo de estos tiempos. Nada entonces que “defender”: sucede así con la vida, que puede derrumbar todo cuanto creíamos haber construido puntillosamente.

5.1. Conclusiones (a modo de síntesis).

(i). La casuística centrada en casos “micro” o particulares (infracciones de cuarentena por sujetos contagiados o no) parece habernos impedido ver que el art. 318 podría estar en condiciones de cubrir un horizonte más amplio de casos “macro” o institucionales (infracciones de deberes cautelares por determinadas autoridades⁶⁰ y personal sanitario, tanto por acción como por omisión). Ha operado aquí una suerte de sesgo motivado por la casuística, condicionando los *hechos* el tipo de *derecho* que reconocemos.

(ii). Precisamente quienes postulan una noción moderna o “socialmente construida” de salud pública como bien jurídico “autónomo-institucional” (en lugar de uno “dependiente-empírico” o directamente conectado con la salud individual de la población) deberían advertir aquello (*supra* i), antes de insistir en la cobertura de casos de infracción por no contagiados (que precisamente ofrecen resistencia desde su más alto y “construido” concepto de salud pública).

(iii). En cualquier caso, la hipótesis de mera infracción de cuarentena por ciudadanos no contagiados debe quedar definitivamente excluida del art. 318 (y con mayor razón de los nuevos tipos penales). Una lectura distinta descansa últimamente en una reinterpretación formalista del art. 318, prescindente de su exigencia expresa de *puesta en peligro para la salud pública*.

Que dicha reinterpretación se ampare en la noción de *peligro abstracto* no justifica semejante lectura, en la medida que pretende ahorrarse la acreditación de un elemento del tipo y que

⁵⁹ En esos términos puede apreciarse la posición del Fiscal Nacional en la historia de la ley n° 21.240.

⁶⁰ Llamadas a ejecutar lo dispuesto aguas arriba por la autoridad superior.

coincide con el factor de peligrosidad (*perteneciente al núcleo de todo tipo de peligro*⁶¹): como la acreditación de la presencia de droga en un delito de tráfico o la dosis típica de alcohol en la sangre en el delito de manejo en estado de ebriedad (de otro modo *delito imposible*). Y no basta para completar el injusto penal la **mera peligrosidad ambiental**, propia del estado excepcional de pandemia: ella funda, en sede preventiva, las medidas administrativas restrictivas de libertad (cuarentenas generales y toques de queda), pero no a la vez —con igual base— la sanción penal. La reacción penal concreta —impuesta sobre una persona natural— necesita de “algo más”⁶². Ese algo más es explícitamente requerido por el tipo del art. 318 en su nueva redacción desde la reforma de 1969.

Como hace más de cincuenta años afirmaron **Juan Bustos y Sergio Politoff** (con mayor radicalidad en todo caso⁶³), una lectura distinta no es más que “**un rodeo para conducir a la incriminación de la sola desobediencia**”⁶⁴.

(iv). Quien, con todo, busque perseverar en aquel rodeo, deberá al menos hacer frente a una plausible **objección de constitucionalidad** en sede de legalidad-tipicidad: pues desprovisto el tipo de una fórmula de peligro operativa (y no meramente retórica), no mucho queda fuera de la infracción de reglas preliminarmente de rango infra-legal. La objeción de constitucionalidad se salva echando mano a reglas de rango legal (arts. 22 o 25 del Código Sanitario, por ejemplo), pero no son muchas y no son en todo caso las que han estado en el centro de la discusión de quienes abrazan el enfoque micro.

(v). Como sea, es importante aclarar que aquí **no se favorece una lectura del art. 318 en términos de peligro concreto**: sencillamente porque no se pretende la prueba de un *peligro efectivo*; así al menos si es que quiere tomarse en serio una exigencia semejante, a mi juicio *operativamente* no conjugable con bienes espiritualizados (metáforas o instituciones que sean) o, en cualquier caso, con intereses cuya puesta en riesgo no sea susceptible de comprobación causal-empírica, sino meramente de un **juicio de valor conforme a una razonable experiencia social declarada caso a caso por los tribunales**⁶⁵.

⁶¹ Cfr. Bustos & Politoff, *op. cit.*, p. 40; p. 1278.

⁶² Desde este punto de vista es criticable la (por otra parte interesante) SCA Santiago Rol n° 3254-2020 de 6 de julio pasado: se funda la suficiencia típica de la conducta en la peligrosidad que funda la necesidad del distanciamiento social —y con ello las respectivas medidas administrativas: cuarentena y toque de queda— pero no se advierte la necesidad de una peligrosidad “adicional”, como “adicional” es la exigencia de puesta en peligro del art. 318 respecto de la mera infracción de la regla cautelar. Agradezco al colega Juan Ignacio Rosas por haberme hecho llegar esa sentencia recientísima.

⁶³ Pues se estaban oponiendo a la validez de un delito propiamente de peligro abstracto (ni hablar de uno derechamente formal).

⁶⁴ Cfr. Bustos & Politoff, *op. cit.*, p. 40; p. 1278.

⁶⁵ Cfr. Bustos & Politoff, *op. cit.*, p. 42; p. 1281, fórmula ofrecida allá en otro contexto y que aquí se toma prestada. Afirmar que se trata de un peligro concreto es pues reincidir en la poesía y el arbitrio, engañándose a sí mismos, mientras de facto no se hace más que entregar la fórmula al artificio retórico lingüístico que convenga

(vi). Para el art. 318 todo indicaría pues echar mano a la etiqueta del *peligro abstracto*. Y ello es en principio correcto (y así se ha sostenido por el suscrito en otro lugar, al rechazarse el etiquetamiento de peligro concreto⁶⁶). Si se quiere en cambio insistir en esta fórmula del **peligro abstracto-concreto** o del *delito de idoneidad*⁶⁷ es para remarcar el “punto medio”, casi con afán pedagógico: que no se trata aquí ni de acreditar un peligro efectivo (incomprobable para los jueces en lo penal) ni de mera infracción de normas cautelares (delito puramente formal), sino de acreditar alguna forma de peligrosidad que haga razonablemente sentido desde la experiencia jurídico-social.

La peligrosidad asociada a las razones para dar vida a medidas cautelares (a todo el entramado de medidas sanitario-administrativas de la emergencia) fundamenta sólo aquello: la imposición de las medidas, pero no puede a la vez fundamentar el castigo penal, como ya se ha dicho arriba. El *plus* necesario lo aporta la peligrosidad especial de la conducta imputada.

(vii). El tenor literal del nuevo **art. 318 bis** hace posible en cambio afirmar una exigencia de **peligro concreto**: la generación de un riesgo de propagación⁶⁸. Tal riesgo deberá acreditarse en el proceso, con todas las dificultades del caso⁶⁹, descartándose allí donde en definitiva se trate de un falso positivo (aquí el caso del aislado por sospecha de contagio que finalmente resulta negativo).

(viii). En suma, **los arts. 318 y 318 bis se distinguirían** por el distinto orden o intensidad de peligro (propio de *delito de idoneidad* y de *peligro concreto*, respectivamente), así como por la distinta naturaleza de la norma cautelar infringida (*general* y *particular*, respectivamente).

5.2. Esquemas de casos para cada figura.

En fin, ¿cómo se distribuye la competencia típica entre las figuras del art. 318 y 318 bis? La pregunta es obligada, no sólo por imposiciones de la novedad, sino porque parece que “exigiendo tanto” al art. 318 se deja sin campo de cobertura al art. 318 bis. Ello no es así.

En lo que sigue una propuesta de “distribución de competencia” en base a esquemas de casos:

A. El art. 318 estaría en condiciones de comprender:

al caso. Se dirá que ello sucede de todos modos, con o sin tal etiquetamiento: y ello es cierto, pero al menos se le habrá negado el poder simbólico-dogmático de afirmar puestas en peligro *efectivas* (allí donde no hubo más que juicios de valoración).

⁶⁶ Cfr. Londoño, Comentario al art. 318, *op.cit.*, p. 520.

⁶⁷ Cfr. Londoño, Comentario al art. 318, *op.cit.*, p. 520 y 522.

⁶⁸ Al respecto, cfr. lo dicho *supra* en nota 51.

⁶⁹ Pues como se ha dicho tal forma de peligro mal se adapta a esta clase de delitos/bienes.



- (i) Casos de puesta en peligro para la salud pública por infracciones “desde arriba”, por autoridades o encargados de establecimientos sanitarios: por todos, valga el ejemplo de infracción al art. 3 num. 15 del DS 4 de Salud: la autoridad competente que no deniega el ingreso de ciudadanos extranjeros contagiados o sospechosos de contagio.
- (ii) Supuestos en los que no ha mediado orden sanitaria particular, tratándose en todo caso de un particular contagiado que, sabiéndose tal, infringe la cuarentena.
- (iii) El supuesto de quien –no estando contagiado– favorece una concentración no autorizada de personas, representándose y aceptando la presencia de contagiados en el lugar (coincide con el nuevo supuesto de agravación del art. 318).
- (iv) [Supuestos discutible]. Un supuesto en el que, habiendo mediado orden particular⁷⁰, la infracción del aislamiento por el contagiado no permita afirmar un *peligro efectivo* de propagación en los términos más exigentes del art. 318 bis. Aquí puede plantearse el supuesto del contagiado o afectado que quebranta el aislamiento adoptando serias medidas de contención del riesgo (mascarilla idónea y distanciamiento, por de pronto), sin que ello permita excluir la *peligrosidad* conforme a una razonable valoración desde la experiencia jurídico-social (y por eso art. 318).

B. El nuevo art. 318 bis estaría en condiciones de comprender:

Supuesta la existencia de una orden particular de la autoridad sanitaria a su respecto, con toda seguridad casos en los que la generación de riesgo de propagación fue desembozada (sin que pueda llegar a afirmarse un art. 316, se comprende) o en todo caso sin procurar neutralizar el riesgo de contagio (si tal cosa fuese posible, entiéndase): como sería el caso del sujeto que bajo cuarentena especial y sabiéndose contagiado aborda un medio de transporte público o circula por una calle o zona concurrida (aún si lo hace con mascarilla y guantes).

C. Supuestos preliminarmente no criminalizados:

Salvo el supuesto A.iii, el caso del no-contagiado que viola una medida general de restricción de la libertad ambulatoria (toque de queda o zona de cuarentena) no puede quedar cubierto por el art. 318 CP, ni antes ni después de la ley n° 21.240, por todo lo dicho arriba. Esos casos sólo pueden ser sancionados administrativamente, más allá de la discusión sobre si se dan o no los supuestos para imputar una falta penal del art. 495 n° 1 CP. Me inclinaría a favorecer una respuesta negativa también a su respecto.

Entiéndase aquí el caso del no contagiado que se desplaza o se ubica en la calle sin autorización: quien barre la vereda, un vendedor ambulante, un trabajador cualquiera o cliente de comercio, siempre sin el permiso del caso, como es obvio.

⁷⁰ Mediatamente comprendida bajo la voz “regla general”. Esto puede ponerse en discusión.