

ARTÍCULOS

Aproximación a diversos problemas prácticos de la aplicación del artículo 318 del Código Penal chileno. Evolución jurisprudencial

An approach to different practical problems generated by the application of the article 318 of the Chilean penal code. A jurisprudential evolution

Humberto Ramírez Larrain 
Defensoría Penal Pública

RESUMEN La entrada en vigencia del estado de excepción constitucional decretado con motivo de la pandemia provocada por el virus del Covid-19, generó una ardua discusión durante 2020 y 2021 respecto a la naturaleza jurídica del artículo 318 del Código Penal. Este trabajo intenta presentar las distintas posiciones sostenidas, mediante la revisión de un extenso número de fallos de las distintas cortes de Apelaciones del país en ese período de tiempo; así como de la postura que adoptó la Corte Suprema y el efecto que provocó esto en los tribunales superiores. Todo aquello, con el objeto de plantear una postura crítica enfocada en restringir el ámbito de aplicación de esta disposición.

PALABRAS CLAVE Peligro concreto, peligro abstracto, delito de idoneidad, salud pública y antijuricidad material.

ABSTRACT The enforcement of the constitutional state of exception decreed due to the pandemic caused by the Covid-19 virus, generated an arduous discussion during 2020 and 2021 regarding the legal nature of article 318 of the Penal Code. This paper tries to present the different positions held, through the review of an extensive number of rulings of the different courts of Appeals of the country in that period of time; as well as the position adopted by the Supreme Court and the effect this had on the higher courts. All of this, in order to pose a critical stance focused on restricting the scope of application of this provision.

KEYWORDS Real danger, abstract danger, suitability offence, public health and material illegality.

Introducción

Desde la entrada en vigor del estado de excepción constitucional decretado con motivo de la emergencia sanitaria provocada por la pandemia mundial del virus del Covid-19, la aplicación del delito consagrado en el artículo 318 del Código Penal chileno varió radicalmente. De un tipo sin mayor relevancia en nuestro sistema procesal penal, al ilícito con mayor número de causas ingresadas en el último año.¹ Esto, naturalmente, tiene como corolario el nacimiento de diversas problemáticas a las que nuestros tribunales han tenido que hacer frente.

En este trabajo buscamos presentar algunos de estos problemas. En concreto, el debate respecto a la naturaleza jurídica del delito de marras y las respuestas que han entregado los tribunales superiores.

Estado de la cuestión

¿Qué conductas son subsumibles en el artículo 318 del Código Penal? En el último año, sin duda alguna, esta ha sido la interrogante más discutida en los tribunales de nuestro país.

Podemos resumir la controversia en la siguiente pregunta: ¿es necesario estar contagiado de Covid-19 (o ser sospechoso de portarlo) para configurar tanto la tipicidad como la antijuricidad del artículo 318 del Código Penal?

Para responder dicha incógnita, antes debemos analizar una disyuntiva preliminar: ¿el delito que contempla el artículo 318 es de peligro concreto o abstracto?

A modo de definición, los delitos de peligro concreto son aquellos en que la ley requiere expresamente la creación de una efectiva situación de peligro constatable *ex post* o con resultado de peligro. En estos casos concurren todas las condiciones para que se produzca la lesión del objeto sobre el que recae la conducta, pero sin que ello ocurra producto del azar. Los delitos de peligro abstracto, por otra parte, son aquellos de mera actividad, es decir, en los que el motivo de la ilicitud se basa en la peligrosidad inherente a la conducta típica, sin que sea necesaria la verificación, en sede procesal, de la producción de un peligro concreto para el bien jurídico (Rettig, 2019: 153 y ss.).²

La posición sostenida por los intervinientes en el período estudiado ha sido, por parte de la defensa, argumentar que es un delito de peligro concreto; mientras que

1. Compromiso justicia abierta 2018 a 2020, Defensoría Penal Pública, disponible en [URL acortada].

2. Véase en sentido semejante a Mir Puig (2016: 239); Kindhäuser (2009: 13); Garrido Montt (2003: 253); Villegas (2020: 732 y ss.); considerando sexto y siguientes del fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1181-2020, del 15 de diciembre de 2020, y considerando octavo del fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 997-2020, del 2 de noviembre de 2020. Para un análisis más detallado de estas categorías, véase Londoño, Maldonado y Mañalich (2021: 151-162) y Mañalich (2021: 84-89).

el persecutor ha aseverado que es de peligro abstracto. Sin embargo, ha existido una tercera posición, a saber, que es un delito de peligro abstracto-concreto o de aptitud.

Peligro concreto

La primera posición, en términos simples, expone que se requiere de un riesgo cierto (acreditable *ex post*) para la salud pública. Esta afirmación se sostiene, en primer lugar, en un análisis de la historia de la ley, ya que antes de la modificación introducida por la Ley 17.155 de 1969, el tipo penal original requería solo la infracción a las reglas sanitarias. Dicha normativa agregó la exigencia de la «puesta en peligro a la salud pública». Así, por ejemplo, si realizamos un análisis comparativo del artículo 318 de nuestro Código Penal³ con el artículo 205⁴ del Código Penal argentino, podemos ver la diferencia entre una mera infracción a reglamentos y una infracción que sitúe en riesgo cierto al bien jurídico protegido.

Vale recalcar que la Ley 21.240 respecto del artículo 318 aumentó las sanciones, creó una agravante y habilitó la aplicación del procedimiento monitorio, empero no modificó elementos del tipo.

A fortiori, el Ministerio Público sostenía que el tipo era de peligro concreto en el Oficio 57/2020.⁵ Esta posición fue reformada una vez que entró en vigor la Ley 21.240. La postura que se esgrimió es que el delito se trataba de uno de peligro abstracto.⁶ Resulta al menos curioso este cambio, ya que dicha normativa, como ya adelantamos,

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

»Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

»En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado».

4. Artículo 205 del Código Penal: «Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia».

5. «En el artículo 318 se establece una figura de peligro concreto que sanciona al que ponga en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, siempre que ello ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, y que las referidas reglas hubieren sido debidamente publicadas por la autoridad». Véase Oficio 57/2020, del 16 de enero de 2020, página 22, del fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbot Charme.

6. *Criterios de actuación en delitos de salud pública en pandemia Covid-19 post reforma Ley 21.240*, página 2, del fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbot Charme.

no modificó los elementos del artículo 318.

Esta perspectiva conlleva a aseverar que la mera infracción al toque de queda o a la cuarentena sin que la persona este contagiada con Covid-19 (o sea sospechoso de portarlo) es una conducta penalmente irrelevante y solamente captada por el *ius puniendi* en sede administrativa. Vale recordar que la inmensa mayoría de las imputaciones efectuadas por el persecutor consistieron en transitar por la vía pública, en horarios prohibidos, sin portar el permiso exigido por la autoridad sanitaria. En sede doctrinal, la posición en comento ha sido defendida por diversos autores.⁷

En esta línea se han pronunciado varias cortes de Apelaciones del país.⁸ La Corte de Puerto Montt, en fallo rol 331-2021, del 8 de abril de 2021 sostuvo:

Que el artículo 318 del Código Penal establece un delito de peligro concreto, entendido como «aquellos que requieren de una efectiva sensibilización o conmoción

7. Véase Politoff, Matus y Ramírez (2003: 210 y ss.) y Etcheberry (1999: 292). A mayor abundamiento, la opinión del exministro de la Corte Suprema Lamberto Cisternas, quien también refiere que el delito es de peligro concreto, disponible en <https://bit.ly/3lo76zt>.

8. Véase Corte de Apelaciones de Puerto Montt en fallos rol 344-2020, del 30 de junio de 2020; rol 345-2020; del 30 de junio de 2020, rol 704-2020 del 6 de octubre de 2020; rol 711-2020 del 14 de octubre de 2020; rol 712-2020, del 14 de octubre de 2020; rol 713-2020, del 21 de octubre de 2020; rol 745-2020, del 29 de octubre de 2020; rol 746-2020, del 29 de octubre de 2020; rol 747-2020, del 30 de octubre de 2020; rol 754-2020, del 30 de octubre de 2020; rol 755-2020, del 30 de octubre de 2020; rol 766-2020, del 9 de noviembre de 2020; rol 909-2020, del 18 de diciembre de 2020; rol 910-2020, del 18 de diciembre de 2020; rol 911-2020, del 18 de diciembre de 2020; rol 912-2020, del 29 de diciembre de 2020; rol 930-2020, del 31 de diciembre de 2020; rol 931-2020, del 31 de diciembre de 2020; rol 932-2020, del 31 de diciembre de 2020; rol 933-2020, del 9 de enero de 2021; rol 961-2020, del 19 de enero de 2021; rol 980-2020, del 22 de enero de 2021; rol 2-2021, del 8 de febrero de 2021; rol 8-2021, del 17 de febrero de 2021; rol 9-2021, del 17 de febrero de 2021; rol 117-2021, del 23 de febrero de 2021; rol 118-2021, del 23 de febrero de 2021; rol 152-2021, del 17 de marzo de 2021; rol 153-2021, del 17 de marzo de 2021; rol 187-2021, del 15 de marzo de 2021; rol 188-2021, del 15 de marzo de 2021; rol 224-2021, del 16 de marzo de 2021; rol 242-2021, del 26 de marzo de 2021; rol 280-2021, del 26 de marzo de 2021; rol 308-2021, del 31 de marzo de 2021; rol 315-2021, del 31 de marzo de 2021; rol 326-2021, del 8 de abril de 2021; rol 329-2021, del 8 de abril de 2021; rol 330-2021, del 7 de abril de 2021; rol 334-2021, del 21 de abril de 2021; rol 339-2021, del 13 de abril de 2021; rol 359-2021, del 15 de abril de 2021; rol 564-2021, del 24 de junio de 2021; rol 565-2021, del 17 de junio de 2021; rol 580-2021, del 24 de junio de 2021; rol 607-2021, del 8 de julio de 2021; rol 618-2021, del 30 de junio de 2021 y rol 634-2021, del 15 de julio de 2021. En términos similares, se pronuncian la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallos rol 2474-2020, del 26 de enero de 2021; rol 2558-2020, del 29 de diciembre de 2020; rol 339-2021, del 3 de marzo de 2021; la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo rol 4500-2020, del 2 de octubre de 2020; y la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallos rol 901-2020, del 27 de agosto de 2020; rol 902-2020, del 27 de agosto de 2020; rol 958-2020, del 9 de octubre de 2020; rol 1179-2020, del 4 de diciembre de 2020; rol 1180-2020, del 11 de diciembre de 2020; rol 1181-2020, del 15 de diciembre de 2020; rol 1182-2020, del 15 de diciembre de 2020; rol 1215-2020, del 22 de diciembre de 2020; rol 1216-2020, del 22 de diciembre de 2020; rol 1249-2020, del 31 de diciembre de 2020, y rol 1250-2020, del 31 de diciembre de 2020.

del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido» (Politoff, Matus y Ramírez, 2013: 210), lo que se extrae de la expresión «el que pusiere en peligro la salud pública», de lo que se interpreta que el tipo exige una actividad que tiene como resultado la amenaza efectiva del bien jurídico citado.

Que, así las cosas, de los hechos de la formalización debe extraerse con meridiana claridad la forma en que se postula que «se puso en peligro la salud pública», para luego verificar si se hizo como consecuencia de la infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, como lo exige la norma en comento, para estimar que estamos ante el tipo penal. Así, *a contrario sensu*, la mera infracción de las normas dictadas por la autoridad administrativa no basta para estimar la configuración del tipo penal, ni sirve como base de una presunción de afectación del bien jurídico «salud pública», por lo que debe expresarse en la formalización la forma en que aquello efectivamente habría ocurrido.

Que en el presente caso, lo anterior no ocurre, toda vez que no se señala si la persona imputada es portador del virus del Covid-19 o sospechoso de portarlo, sino que se limita a señalar que incumplió con la orden administrativa vinculada al desplazamiento, infringiendo la normativa del toque de queda o aislamiento social preventivo, encontrándose en la vía pública sin ningún tipo de autorización o salvoconducto que lo habilitara para ello, lo que, según se ha razonado, no es suficiente para estimar que se está en presencia de un ilícito sancionable según lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal.

Ahora bien, si sostenemos que el delito es de peligro concreto, resulta razonable preguntarnos si la conducta es subsumible en la falta de los artículos 495 número 1 o 496 número 1 del Código Penal. Respondiendo afirmativamente a dicha duda, se han manifestado algunos tribunales superiores.⁹

9. Véase Corte de Apelaciones de Concepción, en fallos rol 628-2020, del 16 de junio de 2020; rol 639-2020, del 18 de junio de 2020; rol 648-2020, del 20 de junio de 2020; rol 649-2020, del 20 de junio de 2020; rol 681-2020, del 2 de julio de 2020 y rol 682-2020, del 2 de julio de 2020. Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo rol 1000-2020, del 21 de abril de 2020. En el mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en fallos rol 407-2020, del 3 de agosto de 2020; rol 655-2020, del 13 de octubre de 2020; rol 673-2020, del 19 de octubre de 2020; rol 1069-2020, del 1 de febrero de 2021; rol 40-2021, del 22 de marzo de 2021; rol 71-2021, del 22 de marzo de 2021 y rol 211-2021, del 5 de abril de 2021, al acoger recursos de nulidad por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y recalificar la conducta de transitar en horario de toque de queda a la falta penal del artículo 495 número 1 del Código Penal. La misma Corte de Puerto Montt, en rol 632-2021, del 1 de julio de 2021, al resolver sobre la legalidad de un registro efectuado por no portar los permisos exigidos por la autoridad sanitaria; y, por último, la prevención de la señora fiscal judicial de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en fallos (considerando décimo) rol 338-2021, del 16 de abril de 2021; rol 346-2021, del 16 de abril de 2021; rol 351-

A nuestro juicio, no concurren los elementos objetivos del tipo de ninguna de las dos faltas enunciadas más arriba.¹⁰ Respecto del artículo 495 número 1, este prescribe lo siguiente: «El que contraviniera a las reglas que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito».

De la simple lectura del Decreto Supremo 104¹¹ (publicado en el *Diario Oficial* el 18 de marzo de 2020), que decreta estado de excepción constitucional de catástrofe, se puede colegir que el motivo que lo fundamenta es exclusivamente producto de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia mundial; no es sustentado en alteración alguna al orden público. Basta con hacer un parangón con el Decreto Supremo 472¹² (publicado en el *Diario Oficial* el 19 de octubre de 2019) o con el Decreto Supremo 479 (publicado en el *Diario Oficial* el 20 de octubre de 2019), que declararon estado de excepción constitucional de emergencia precisamente por afectaciones al orden público. Siendo esto así, al no haber sido dictadas las resoluciones exentas respectivas para conservar el orden público, la conducta constitutiva de vulnerarlas tampoco puede subsumirse en dicho tipo penal.¹³

En cuanto a la falta del artículo 496 número 1, esta norma dispone: «El que faltare a la obediencia debida a la autoridad, dejando de cumplir las órdenes particulares que ésta le diere en todos aquellos casos en que la desobediencia no tenga señalada mayor pena por este Código o por leyes especiales». En el tipo penal recién citado se alude a una instrucción de carácter particular, lo que precisamente no concurre en las diversas resoluciones exentas que decretan cuarentenas, el aislamiento nocturno

2021, del 16 de abril de 2021 y rol 358-2021, del 19 de abril de 2021.

10. Compartiendo esta postura, la Corte Suprema, en fallo rol 26.945-2021 (considerando séptimo), del 14 de septiembre de 2021, aseveró que no portar una mascarilla es una infracción administrativa, por tanto, no permite controlar la identidad en conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal. Y en el mismo sentido está el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 229-2021, del 10 de marzo de 2021. También estiman que no son aplicables dichas faltas Londoño, Maldonado y Mañalich (2021: 122).

11. En su considerando segundo afirma: «Que, el 30 de enero de 2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote de Covid-19 constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII), de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional, aprobado en nuestro país por el Decreto 230, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores».

12. En su considerando tercero indica: «Que, todo lo anterior, representa una grave alteración del orden público, frente a la cual el Estado debe actuar con todos los medios disponibles, con el objeto de asegurar la integridad, seguridad y tranquilidad de sus habitantes, requiriéndose de medidas extraordinarias orientadas a la protección de las personas y sus bienes».

13. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallos rol 1181-2020, del 15 de diciembre de 2020 y rol 1182-2020, del 15 de diciembre de 2020. En contra, el voto de minoría del ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción César Panés Ramírez en fallos rol 1181-2020, del 15 de diciembre de 2020; rol 1182-2020, del 15 de diciembre de 2020; rol 1215-2020, del 22 de diciembre de 2020 y rol 1216-2020, del 22 de diciembre de 2020.

o la obligación de portar mascarilla, ya que son de carácter general y no particular. Tan paladino es lo anterior, que en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 48 de la Ley 19.880, las resoluciones exentas que determinan, por ejemplo, el aislamiento nocturno o la obligación de portar mascarilla, son publicadas en el *Diario Oficial*.¹⁴

Peligro abstracto

Esta posición fue defendida por el Ministerio Público hasta mayo de 2021. Se argumentó que la mera infracción a las normas administrativas dictadas por la autoridad sanitaria era suficiente para colmar los requisitos de tipicidad y antijuricidad del ilícito consagrado en el artículo 318 del Código Penal;¹⁵ en definitiva, sosteniendo que el artículo 318 constituía un delito formal.¹⁶ Actitud, que, a nuestro criterio, olvida el tenor literal de la disposición en estudio, la cual requiere expresamente algo más que la desobediencia a la norma sanitaria (Londoño, Maldonado y Mañalich, 2021: 101 y ss.) y que, llevada al extremo, lo cual en la práctica se hizo, podría derivar en que se le imputará un hecho típico a personas en situación de calle;¹⁷ conducta que apodícticamente es atípica.¹⁸

La postura en comentario fue refrendada jurisprudencialmente en diversas resoluciones.¹⁹ Verbigracia, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el punto séptimo del

14. Por ejemplo, la resolución exenta 43 del Ministerio de Salud, publicada en el *Diario Oficial* el 15 de enero de 2021. Sobre la incidencia de la no publicación de una resolución exenta en la tipicidad del artículo 318 del Código Penal, véase Corte de Apelaciones de Puerto Montt en fallo (amparo) rol 207-2020, del 31 de julio de 2020, que decreta el sobreseimiento definitivo, en conformidad al artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal por el motivo indicado.

15. Véase *Criterios de actuación en delitos contra la salud pública en pandemia del Covid-19 post reforma a la Ley 21.240*, páginas 2 y 3, del fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbot Charme.

16. Véase Cury (2020: 836); Bascur (2017: 539) sobre postura crítica de esta forma de entender los delitos de peligro abstracto.

17. Véase fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua rol 764-2021, del 16 de abril de 2021; fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 546-2021, del 5 de marzo de 2021, y fallo de la Corte de Apelaciones de Arica, rol 433-2020, del 14 de octubre de 2020. En todos se decretó sobreseimiento definitivo por la causal del artículo 250 letra a). Asimismo, véanse amparos acogidos contra Carabineros de Chile, en fallos de la Corte de Apelaciones de la Serena rol 90-2021, del 21 de abril de 2021; de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 336-2021, del 28 de abril de 2021; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 353-2020, del 31 de julio de 2020, y fallo de la Corte Suprema, rol 16.913-2021, del 4 de marzo de 2021.

18. Tan palmario es lo anterior que incluso fue sostenido por la Fiscalía Nacional. Véase *Criterios de actuación en delitos contra la salud pública en pandemia del Covid-19 post reforma a la Ley 21.240*, página 6, del fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbot Charme.

19. Siguiendo este criterio está la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en fallos rol 346-2020, del 30 de junio de 2020, rol 357-2020, del 14 de julio de 2020, rol 358-2020, del 14 de julio de 2020, rol 359-2020, del 14 de julio de 2020, rol 360-2020, del 15 de julio de 2020, rol 389-2020, del 15 de julio de 2020, rol 705-2020, del 8 de octubre de 2020, rol 706-2020, del 8 de octubre de 2020, rol 867-2020, del 9 de diciem-

fallo rol 326-2020, del 28 de julio de 2020, resolvió:

Que es impropio exigir la verificación previamente de ciertas condiciones de salud del imputado que infringe alguna norma sanitaria, para poder hablar de la comisión del delito previsto en el inciso primero de este artículo 318, porque implica desatender el verdadero concepto de la salud pública, particularmente su carácter colectivo y las formas en que resulta posible afectar su adecuado desempeño, según se ha expresado precedentemente sobre el contagio y la diseminación del virus, al punto que hoy es *némine discrepante* universalmente el uso de mascarillas o tapabocas, justamente para evitar el contagio potencial, sabiendo que ello no es suficiente, pero sí que disminuye la posibilidad de contagio, que representa el centro racional de la prevención buscada por la autoridad sanitaria; en suma, la exposición por sí sola es un peligro que se trata de evitar. Cuando se infringen normas sanitarias y generales, se cumple con la conducta típica. Incorporar un elemento ajeno al tipo, agregando la necesidad de portar el virus o tener posibilidades de contagiar, solo dice relación con una mayor potencialidad que frente a la forma como está redactada la disposición, y a los fines del legislador, solo sería útil para la individualización de la pena en un proceso reflexivo del juez, a la luz de lo dispuesto en los artículos 69 y 70 del Código Penal y, que en Chile, no tiene mucha relevancia frente a la consideración especial que los jueces deben tener sobre el patrimonio o situación económica del imputado en la determinación del monto de la multa.

En cuanto a la resolución referida, nos merece dos comentarios. En primer lugar, nos llama poderosamente la atención que la ilustrísima judicatura afirme que no es un elemento del tipo la necesidad de portar el virus o tener posibilidades de contagiar, puesto que desatiende, en nuestro criterio, la exigencia (literal) del tipo relativa a situar en peligro la salud pública. ¿Cómo se podría poner en peligro la salud pública si no tengo opción alguna de contagiar a alguien, precisamente porque no porto virus alguno? En segundo lugar, e íntimamente vinculado con lo anterior, si el sujeto activo no era portador del virus del Covid-19, claramente nunca existió peligro, ergo,

bre de 2020, rol 883-2020, del 14 de diciembre de 2020, rol 890-2020, del 21 de diciembre de 2020, rol 897-2020, del 21 de diciembre de 2020, rol 903-2020, del 17 de diciembre de 2020, rol 953-2020, del 11 de enero de 2021, rol 954-2020, del 11 de enero de 2021, rol 958-2020, del 14 de enero de 2021, rol 959-2020, del 14 de enero de 2021, y rol 960-2020, del 14 de enero de 2021. La misma corte, en fallos rechazando recursos de nulidad, ha sostenido que se trata de un delito de peligro abstracto, en fallos rol 286-2020, del 3 de agosto de 2020, rol 461-2020, del 10 de agosto de 2020, y rol 631-2020, del 28 de septiembre de 2020. También afirmando que se trata de un delito de peligro abstracto, se pronunciaron la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallos rol 1638-2020, del 18 de agosto de 2020, y rol 365-2021, del 10 de marzo de 2021; la Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo rol 1798-2020, del 6 de julio de 2020; la Corte de Apelaciones de La Serena, en fallo rol 372-2020, del 21 de agosto de 2020; y la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en fallos rol 158-2020, del 31 de agosto de 2020, rol 166-2020, del 4 de septiembre de 2020, y rol 167-2020, del 7 de septiembre de 2020.

la conducta desde un comienzo sería atípica. El profesor Mir Puig (2016: 238 y ss.) lo explica con mayor claridad:

Sin embargo, hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. En favor de negar su subsistencia, cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro.

En síntesis, la presente postura asevera que la infracción a las normas sanitarias conlleva a presumir la peligrosidad, es decir, la antijuricidad material y en el caso del artículo 318 del Código Penal, la tipicidad misma también.²⁰ Lo anterior ha sido expuesto por parte de la doctrina, en orden a que, en los delitos de peligro abstracto, la ley presume de derecho que la conducta *per se* es peligrosa para el bien jurídico (Rettig, 2019: 154; Cury, 2020: 385). Lo cual tiene como corolario que se omita cualquier consideración al desvalor de resultado, sancionando la mera desobediencia (Cury, 2020: 44).

Peligro abstracto-concreto o de aptitud

En palabras de Francisco Maldonado (2006: 49), estos delitos se entienden de la siguiente forma:

Originalmente, se les conoció como delitos de peligro abstracto-concreto, entendiéndose que, de acuerdo a las modalidades descritas por el legislador, compartían características de las dos categorías tradicionales precedentemente enunciadas. Se trata de formulaciones típicas que requieren la afirmación de la peligrosidad de la conducta en concreto, su idoneidad lesiva, sin que se exija que ella se haya expresado en una peligrosidad efectiva y real para el bien jurídico en un resultado.

En nuestros términos, el delito de idoneidad requiere algo más que la ejecución de una conducta calificada por el legislador como peligrosa. Se exige, además, que dicha conducta tenga la aptitud para afectar el bien jurídico.²¹ Un ejemplo, bastante didácti-

20. Así lo expone la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en fallos rol 168-2020, del 8 de septiembre de 2020, rol 169-2020, del 11 de septiembre de 2020, rol 170-2020, del 14 de septiembre de 2020, y rol 171-2020, del 16 de septiembre de 2020. En similar sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en fallos rol 869-2020, del 9 de diciembre de 2020, rol 873-2020, del 9 de diciembre de 2020, rol 885-2020, del 14 de diciembre de 2020, rol 352-2021, del 16 de abril de 2021, rol 356-2021, del 19 de abril de 2021, y rol 357-2021, del 19 de abril de 2021.

21. En esta línea, véase el fallo de la Corte Suprema, rol 4.949-2015 (en su considerando quinto), del

co, es el que se genera en los ilícitos consagrados en los incisos primero y segundo del artículo 9 de la Ley 17.798. En este orden de ideas, no basta con portar municiones o un arma, en los términos de la disposición antes citada, sino que también se requiere que estas sean aptas para el disparo.²² Es decir, la mera contravención a la ley no es suficiente para colmar los requisitos en materia de antijuricidad material, sino que es menester que exista la posibilidad real *ex ante* que el bien jurídico pueda ser lesionado (por exigencia expresa del principio de lesividad).

El profesor Fernando Londoño (2020: 20 y ss.) expone sobre el particular que:

El artículo 318 debe interpretarse como delito de idoneidad o de peligro abstracto-concreto, lo que significa que no es ni un delito formal, ni uno que requiera la acreditación de un peligro efectivo para alguien o algo determinado. Dicho en positivo: se favorece para el artículo 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 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 legitimación, pero antes que nada ofrece un sentido posible para la fórmula expresa de puesta en peligro para la salud pública.

Situándose en esta posición intermedia, la Corte de Apelaciones de Iquique, en fallo rol 345-2020, del 14 de septiembre de 2020, resolvió:²³

OCTAVO: Que parece entonces acertado encuadrar el artículo 318 del código punitivo en lo que se conoce como delito de idoneidad o de peligro abstracto-concreto, es decir, no se está en presencia de un delito formal, ni uno que requiera la acreditación de un peligro efectivo para alguien o algo determinado. En otras palabras, se trata de una figura que supone la verificación o acreditación de una determinada forma de peligrosidad o de idoneidad lesiva, esto es, más que una situación de peligro *per se*, de una cuestión de peligrosidad que debe ser acreditada en el proceso penal.

4 de junio de 2015.

22. En este orden de ideas, Bascur (2017: 540) y Villegas (2020: 743). Asimismo, véanse los fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2055-2017, del 31 de enero de 2018, rol 1264-2018, del 6 de julio de 2018, rol 631-2021, del 14 de mayo de 2021, y rol 1709-2021, del 31 de agosto de 2021; y los fallos de la Corte de Apelaciones de Arica, rol 22-2021, del 27 de abril de 2021, y de la Corte de Apelaciones de la Serena, rol 107-2022, del 19 de abril de 2022.

23. En idéntico sentido se presentan los fallos de la Corte de Apelaciones de Iquique, rol 276-2020, del 5 de agosto de 2020, rol 301-2020, del 28 de agosto de 2020; rol 302-2020, del 28 de agosto de 2020; rol 328-2020, del 9 de septiembre de 2020, rol 335-2020, del 14 de septiembre de 2020, y rol 422-2020, del 7 de diciembre de 2020; de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 722-2020, del 13 de octubre de 2020; y de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 175-2021, del 6 de abril de 2021. Siguiendo la misma postura, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo rol 305-2020, del 6 de julio de 2020, que, sin perjuicio que asevera que el delito es de peligro concreto, de la fundamentación expuesta en el considerando tercero se puede apreciar que entiende en definitiva que es un delito de aptitud.

Toma de postura de la Corte Suprema

El 25 de marzo de 2021, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de nulidad por la causal consagrada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, dictó el fallo rol 125.436-2020, que tuvo como misión zanjar la discusión a nivel jurisprudencial. Dicha resolución asevera que el ilícito se trata de un delito de peligro hipotético. A mayor abundamiento, se consolidó aquella posición con dos fallos de la misma corte: rol 149.239-2020, del 20 de abril de 2021, y rol 131.966-2020, del 23 de abril de 2021.²⁴ Antes de entrar en el análisis de los considerandos respectivos, es menester efectuar algunas contextualizaciones en el ámbito fáctico. En el primer fallo, el hecho probado alude a un imputado que, en compañía de otro individuo, transitaba por la vía pública (en la comuna de Cochrane), a las 22:20 horas del 18 de abril de 2020, mientras se encontraba vigente el horario de toque de queda, sin salvoconducto que los habilitara para ello. En el segundo fallo, el hecho acreditado alude a un encartado que, el 4 de mayo, 12 de mayo y 27 de julio, todos del año 2020, transitó por la vía pública durante el horario de toque de queda sin el permiso pertinente. En la tercera resolución, el hecho base ocurrió el 16 de octubre de 2020, cuando dos imputados se encontraban transitando por la vía pública en horario de toque de queda sin los permisos respectivos. Particularmente interesante es este último caso, porque el fallo de instancia (véase el considerando segundo del fallo de la Corte Suprema) dio por probado que los encartados se encontraban compartiendo alcohol y cigarrillos, sin mascarilla.

Aclarado lo anterior, la Corte Suprema, en el fallo rol 125.436-2020, del 25 de marzo de 2021 (los fallos posteriores se pronuncian en sentido análogo), indica lo siguiente:

Que respondiendo a la pregunta acerca de la naturaleza del peligro propio de la figura que analizamos, puede entenderse por algunos que se trata de un ilícito de peligro concreto, y, por otros, de peligro abstracto, e inclusive hay una tercera posibilidad, según veremos. Para dilucidar el punto hay que reparar, como se adelantó, en el tenor literal de la norma típica misma, que en su parte pertinente reza: «El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio». Advertimos, pues, que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública. Castiga una conducta que realmente genere un riesgo para ese bien jurídico; no sanciona simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere pu-

24. Una cuarta sentencia en idéntico sentido dictó la Corte Suprema, en fallo rol 144.453-2020, del 23 de julio de 2021. En similares términos se resolvió por parte de la Corte Suprema, en fallo rol 32.880-2021, del 25 de agosto de 2021. Dicha resolución tiene la particularidad que es respecto del tránsito de dos personas por la vía pública en una comuna en cuarentena (a las 19:20 horas). Por último, están los fallos del máximo tribunal en iguales términos, rol 30.162-2021, del 24 de septiembre de 2021, rol 42.594-2021, del 7 de enero de 2022, rol 66.368-2021, del 19 de enero de 2022, rol 36.488-2021, del 20 de enero de 2022, y rol 40.772-2021, del 17 de marzo de 2022.

blicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería lo propio de un delito de peligro abstracto. Se puede contraargumentar que el artículo 318 bis del Código Penal sí que contiene una exigencia de peligro concreto, pues es en él donde el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y, por ende, a un peligro específico y, en definitiva, concreto; pero, a todo evento, ello no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318: «El que pusiere en peligro la salud pública», de manera que la comparación de los dos tipos penales referidos, a lo sumo, conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o «abstracto-concreto», que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, *a priori*, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios, como sería el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal.

Que esta categoría intermedia ha sido considerada por algunos autores como una variante de peligro abstracto, y puede que así sea, pero lo relevante es delimitar sus alcances y las consecuencias de su aplicación en el caso en discusión. Ante todo, y contra lo que parece creer la defensa, de concluir que la figura del artículo 318 es un delito de peligro abstracto-concreto, no se sigue que el ilícito solo lo pueda cometer una persona contagiada de Covid-19. Eso no sería así ni aun si el delito fuere de peligro concreto, realmente, porque una persona sana que, por su precisa infracción de las reglas de salubridad, se expone al contagio, y por ende a ser vector de transmisión de la enfermedad, sí que genera un perjuicio perfectamente demostrable para la salud pública. Mucho menos puede admitirse esa pretensión si calificamos al delito como de peligro hipotético, o de idoneidad.

Que determinado todo lo anterior, cabe recordar los hechos ya inamoviblemente asentados por el tribunal de instancia, para analizar, a su tenor, si ellos, en su especificidad y no como simple conducta formal de infracción a reglamentos sanitarios, son o no idóneos para generar ese peligro a la salud pública, que los haría típicos y, además, antijurídicos.

Que la descripción que el fallo atacado hace respecto de la conducta desplegada por el sentenciado recurrente, refiere que Marcelo Iván Millapán Catalán fue sorprendido por personal militar en la vía pública de la ciudad de Cochrane, en compañía de otro sujeto, a las 22:20 horas del día 18 de abril de 2020, cuando regía horario de restricción domiciliaria nocturna, o toque de queda (que se extendía desde las 22 horas hasta las 5 horas del día siguiente), sin salvoconducto que lo autorizara.

Que esa sola descripción no satisface la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético, para la salud pública, como se dirá. El Ministerio Público se equivoca en

su requerimiento cuando imputa la comisión del delito «de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad». Ese delito no existe; existe en cambio el de poner en riesgo la salud pública mediante tales infracciones, y la comparación entre una y otra formulación devela desde ya la diferencia, que se refiere justamente a la exigencia de una generación de riesgo, siquiera hipotético, y no a una sola constatación formal de haberse infringido una orden administrativa.

Que, en efecto, si bien es verdad que no hacía falta que Millapán estuviera enfermo o contagiado para incurrir en la conducta típica y antijurídica, como ya adelantamos, la acción de deambular a las 22:20 horas de la noche por una calle (además desierta, según testimonian los aprehensores conforme lo dice el mismo fallo atacado) por la que hasta veinte minutos antes podía transitar sin restricción, por más infractora de normas administrativo reglamentarias que sea, y por más sancionable que resulte a ese tenor meramente administrativo, no representa ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en estos tiempos de pandemia. De hecho, el toque de queda tiene la finalidad, en lo que a lo estrictamente sanitario se refiere, de evitar ese transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que –ellas sí– son a lo menos hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo. Pero el estar, o deambular, dos sujetos en calles desiertas, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública.

De hecho, esa conducta es más peligrosa en el día (sanitariamente hablando), por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. La infracción al toque de queda, entonces, no es de por sí generadora de riesgo, por más que sí sea *per se* infractora –y sancionable– en sede no penal. Será punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, como se dijo que ocurriría si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de muchas personas; pero eso no se imputa en este caso.

Que, por consiguiente, lleva la razón la defensa en este punto, en cuanto a que falta a la conducta la antijuridicidad material, y en verdad todavía más que eso, falta la tipicidad misma –ambos aspectos están aquí especialmente imbricados–, atendida la precisa exigencia con que comienza la redacción del artículo 318 del Código Penal, que se ha visto infringido por el fallo condenatorio al aplicarlo sin consideración a ese tenor, y a la naturaleza jurídica que le corresponde como delito de peligro hipotético, de suerte tal que se hizo calzar en él a una conducta que no está alcanzada por sus términos, lo que obliga a acoger el recurso por el segundo capítulo de la causal esgrimida, lo que hace que no sea pertinente abordar los posteriores, invocados de manera subsidiaria.

La Corte Suprema responde nuestras interrogantes de la siguiente manera: i) entiendo que el ilícito es de peligro hipotético o de aptitud, ergo, se sitúa en una etapa

intermedia entre el delito de peligro concreto y el abstracto; ii) la mera vulneración del toque de queda no es una conducta penalmente relevante; iii) tampoco lo es la sola infracción de la cuarentena;²⁵ iv) no es necesario que el imputado esté contagiado o sea sospechoso de portar el virus del Covid-19 para configurar la tipicidad del artículo 318 del Código Penal; v) lo sancionado no es la simple infracción a las normas sanitarias, sino la creación mediante dicha infracción de un riesgo idóneo para la salud pública. Dicho peligro no se presume por el legislador por la mera infracción reglamentaria; vi) consecuencia de lo anterior, la peligrosidad no es, *a priori*, inherente a la violación de normas sanitarias. Es decir, la mera vulneración de la normativa sanitaria no es una conducta idónea de por sí para poner en peligro la salud pública; y vii) la conducta sería típica si la vulneración al toque de queda (o la cuarentena) va acompañada de una reunión de muchas personas (por ejemplo, una fiesta).

Efecto de irradiación de las sentencias de la Corte Suprema

Los fallos que hemos comentado en el acápite anterior lograron irradiar no solo a los juzgados de garantía, sino que a los demás tribunales superiores, incluso a cortes de Apelaciones que se habían mostrado en principio a favor de la postura de que el delito en comento era de carácter formal y que el peligro se presumía con la mera infracción de la normativa sanitaria. Resulta incluso más llamativo que el Ministerio Público, con base en estos pronunciamientos, varió –nuevamente– su postura. Modificó en abril de 2021 los criterios de actuación respecto a los delitos contra la salud pública,²⁶ dictando una serie de adaptaciones,²⁷ que en lo sustancial aseveran lo siguiente: i) asume la postura que el artículo 318 es un delito de peligro hipotético; ii) la simple vulneración al toque de queda, sin ir acompañada de circunstancias concomitantes que den cuenta del riesgo hipotético, es una acción atípica. Aún más, el fiscal nacional, Jorge Abbott Charme, el 6 de mayo de 2021, remitió el Oficio 361/2021 al general director de Carabineros, Ricardo Yáñez Reveco, documento en el cual le informa que el ilícito es de peligro hipotético; adjunta los fallos de la Corte Suprema sobre la materia, y señala que la transgresión al toque de queda, sin la concurrencia de circunstancias que den cuenta de un riesgo hipotético (como reuniones nocturnas en plazas, parques u otros sitios abiertos al público), es una conducta sancionable en sede sanitaria, mas no pe-

25. Véase el fallo de la Corte Suprema, rol 32.880-2021 (considerando quinto *in fine*), del 25 de agosto de 2021.

26. *Criterios de actuación en delitos contra la salud pública en pandemia del Covid-19 post reforma a la Ley 21.240*, del fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbott Charme.

27. Véase Resumen de modificaciones (adaptaciones) en materia de criterios de actuación en delitos contra la salud pública de abril de 2021, dictado por la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional.

nal.²⁸ En términos similares, ya a nivel regional, está el Oficio 80/21, del 6 de mayo de 2021, que envía la fiscal regional de Los Lagos, Carmen Gloria Wittwer Opitz, al jefe de la Décima Zona de Carabineros, Patricio Yáñez Palma.²⁹

A nivel jurisprudencial, el impacto de aquellos fallos también fue considerable en los tribunales superiores, quienes sustentaron sus resoluciones en lo dictaminado por la Corte Suprema.³⁰ Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en fallo rol 250-2021, del 6 de mayo de 2021,³¹ decretó:

Atendido que los hechos por los cuales se formalizó al imputado no alcanzan a cumplir la exigencia de haber puesto en peligro, ni concreto ni hipotético, la salud pública, pues tal como ha sostenido la Excelentísima Corte Suprema, el tipo penal del artículo 318 del código punitivo requiere, cuando menos, una real idoneidad para generar el riesgo, lo que no se alcanza con la sola acción de permanecer o deambular por la vía pública sin el permiso correspondiente (rol 149.239-2020, del 20 de abril de 2021; rol 125.436-2020, del 25 de marzo de 2021), y visto, además, lo dispuesto en los artículos 253 y 370 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución apelada del 9 de abril de 2021 y, en su lugar, se acoge la solicitud de la defensa y se decreta el sobreseimiento definitivo en esta causa, conforme lo dispuesto en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal.

28. Véase Oficio 361/2021, del 6 de mayo de 2021, del fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbot Charme.

29. Véase en el mismo sentido, el Oficio 196/2021, del 6 de mayo de 2021, de la fiscal regional de Valparaíso, Claudia Perivancich Hoyuelos.

30. En esta orientación, véase el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 248-2021, del 6 de mayo de 2021; la prevención del ministro de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Jorge Pizarro Astudillo, en fallo rol 460-2021, del 10 de mayo de 2021; el fallo de la Corte de Apelaciones de Arica, rol 165-2021, del 2 de junio de 2021; los fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 457-2021, del 12 de abril de 2021, rol 808-2021, del 15 de abril de 2021; rol 1103-2021, del 24 de mayo de 2021; rol 1163-2021, del 31 de mayo de 2021, y rol 1149-2021, del 31 de mayo de 2021. Esta última corte tuvo pronunciamientos, previos a los fallos de la Corte Suprema, en direcciones opuestas. Por ejemplo, confirmando el sobreseimiento definitivo del artículo 318 del Código Penal, los fallos rol 339-2021, del 3 de marzo de 2021, rol 349-2021, del 9 de marzo de 2021, rol 367-2021, del 10 de marzo de 2021, rol 2174-2020, del 9 de noviembre de 2020, y rol 2558-2020, del 29 de diciembre de 2020. Y en contra, revocando los sobreseimientos, los fallos rol 365-2021, del 10 de marzo de 2021, rol 366-2021, del 10 de marzo de 2021, y rol 389-2021, del 9 de marzo de 2021.

31. Resulta llamativo que en fallos anteriores ambas salas de dicha corte rechazaron la postura de la defensa, tanto en orden a decretar el sobreseimiento definitivo como también respecto a revocar medidas cautelares. Verbigracia, véase, respectivamente, causas rol 249-2021, del 29 de abril de 2021, y rol 263-2021, del 22 de abril de 2021, de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

Nuestra respuesta: Hacia un derecho penal mínimo

Primero que todo, somos de la opinión que validar tres posibles categorías de peligro respecto del artículo 318 del Código Penal (concreto, abstracto y de aptitud) es erróneo. El concepto de delito abstracto como fue entendido por la Fiscalía y ciertas cortes de Apelaciones, a nuestro juicio, es contrario a la Constitución chilena; y lo es por³² cuatro motivos principales:

Al postular que es un delito formal,³³ es decir, que basta la transgresión de la norma sanitaria para el cabal cumplimiento en sede de tipicidad y antijuricidad, transforma a la autoridad administrativa en el titular del *ius puniendi*. Lo que conlleva a que en la práctica será delito lo que la autoridad sanitaria estime como tal (Baldomino Díaz, 2009: 144), y que podría ser desde la prohibición de no transitar por la vía pública en determinados horarios³⁴ hasta, sin forzar tanto la imaginación, la prohibición de

32. A nuestro juicio, en todo caso, incluso entendiendo el delito del artículo 318 del Código Penal como de peligro concreto, sigue siendo contrario a la Constitución, en específico, del artículo 19 número 3 inciso final, ya que estamos en presencia de una ley penal en blanco que no describe de forma expresa el núcleo de la conducta penada. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional. Véanse los fallos rol 9373-20, del 3 de agosto de 2021, rol 9387-20, rol 9479-20 [...], y rol 9926-20, todos ellos del 1 de julio de 2021. Este último que en su considerando decimosexto indica: «Una minoría de ministros, en especial después de algunos fallos de la Corte Suprema (entre ellos, el recaído en el rol 125.436-2020, del 25 de marzo de 2021), han expresado su rechazo a declarar la inaplicabilidad solicitada, por estimar que se nos presenta un caso que carece de relevancia constitucional y que, por lo tanto, le corresponde al juez del fondo resolver, interpretando el tipo penal de una manera conforme con la Constitución. Esta magistratura descarta tal apreciación.

»Para comenzar, volveremos a repetir algo obvio: la regla del artículo 19 número 30 inciso final de la Constitución, está dirigida –en primer lugar– al legislador. Esto da lugar a que sea este tribunal, conociendo acciones de inaplicabilidad de preceptos legales, la sede natural para pronunciarse.

»En seguida, hay que tener presente que todo lo razonado sobre los defectos del delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal no se ve alterado en forma alguna por la concepción interpretativa que se tenga de la condición referida a poner en peligro la salud pública. Cualquiera sea la noción doctrinaria de peligro que se asocie al mencionado delito (y que en un caso puede llevar absolver y en otros a condenar al imputado), el vicio no desaparecerá. Aun la más restrictiva de las interpretaciones no resulta apta para remediar el hecho de que la conducta incriminada no está descrita en sus aspectos esenciales en el tipo penal. Es equivocado sostener que habría una interpretación inconstitucional y otra constitucional». En este sentido, Londoño, Maldonado y Mañalich (2021: 75 y ss.) y Baldomino Díaz (2009: 143 y ss.).

33. Entendiendo por delito formal aquel que se satisface con la mera ejecución de la acción u omisión prohibida (Garrido Montt, 2003: 252).

34. Así, por ejemplo, cuando se modificaron los horarios del toque de queda (atrasando el horario de inicio), se discutió si tenían dichas normas administrativas efectos retroactivos de conformidad al inciso segundo del artículo 18 del Código Penal. A favor de esta postura, en consecuencia, decretando sobreseimiento definitivo están fallos de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 693-2020, del 30 de septiembre de 2020, rol 726-2020, del 3 de noviembre de 2020, rol 764-2021, del 6 de noviembre de

saludar a otra persona con contacto físico, o la obligación de portar mascarilla en un vehículo particular. Dicho colofón es abiertamente contrario al principio de legalidad (consagrado en el artículo 19 número 3 inciso octavo y noveno de la Constitución Política de la República). Lo anterior lo describe con claridad Fernando Londoño:

La anotada reducción a delito formal presenta además un inconveniente en sede de constitucionalidad: si todo lo que queda del tipo del artículo 318 es la infracción a las reglas decretadas por la autoridad (las más de las veces infralegales, salvo los contados casos reconducibles al Código Sanitario), entonces se ha abierto de par en par un flanco en sede de legalidad/tipicidad, en tanto ley penal en blanco propia que es (compárese con el artículo 19 número 3 inciso final de la Constitución chilena). Bien lo veía el honorable senador Huenchumilla en la discusión del proyecto, preguntándose por la existencia del «núcleo esencial» de la conducta en la propia ley (2020: 13 y ss.).

En términos simples, el ministro de Salud, mediante resoluciones exentas, adquiere la potestad exclusiva del legislador para crear delitos. Lo cual, evidentemente, infringe el principio de legalidad. Esto conlleva a que un sujeto pueda ser sancionado, y privado de su libertad personal, por conculcar el ordenamiento administrativo (que evidentemente no posee legitimación democrática alguna). Lo cual, creemos, genera tensión con la garantía del artículo 19 número 7 letra b) de la Constitución.

Como corolario de lo anterior, nos olvidamos del principio de *ultima ratio*³⁵ ya que, inicialmente, cualquier infracción que en principio debiera ser conocida en sede administrativa, será delito. Esto significa que cualquier pretensión de derecho penal mínimo desaparece. Cabe preguntarse: ¿todas las prescripciones en las resoluciones exentas que se han publicado desde el 18 de marzo de 2020 en adelante son potenciales tipos penales? Esta conclusión, que nos parece absurda, no se aleja tanto de la realidad que se ha visto en los juzgados de garantía durante los dos últimos años. Esta aseveración no solo refrenda el punto anterior, sino que permite visualizar la expansión desmedida y sin sentido de la reacción punitiva que genera esta postura,

2020, rol 32-2021, del 8 de febrero de 2021, y rol 77-2021, del 10 de febrero de 2021; los fallos de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 337-2020, del 7 de diciembre de 2020, y rol 270-2020, del 21 de octubre de 2020; y los fallos de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 763-2020, y rol 764-2020, ambos del 25 de septiembre de 2020. En contra, el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 685-2020, del 8 de octubre de 2020; el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 687-2020, del 15 de octubre de 2020; el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 960-2020, del 9 de octubre de 2020; y el fallo de la Corte de Apelaciones de la Serena, rol 475-2020, del 1 de octubre de 2020.

35. «El derecho penal es secundario o subsidiario, porque la pena solo debe ser empleada cuando contra el ataque al bien jurídico no puede reaccionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de prevenirlo de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico. La pena es, pues, un recurso de *ultima ratio*» (Cury, 2020: 85).

provocando una criminalización innecesaria de conductas que en principio debiesen ser conocidas y sancionadas, exclusivamente, por la autoridad sanitaria.

Si no resultan suficientes los dos puntos anteriores, no podemos olvidar que sostener la validez de delitos de peligro abstracto conlleva a que desaparece cualquier exigencia de antijuricidad material, ya que lo relevante no es si se afectó un bien jurídico, sino que si se respetó o no la voluntad proveniente del Poder Ejecutivo. No respetarla basta por sí sola para satisfacer los requisitos de tipicidad y la antijuricidad material. Siendo esto así, parece del todo innecesaria la noción de bien jurídico y el principio de lesividad³⁶ en esta categoría de figuras ilícitas.

Ahora bien, y para salvar el punto anterior, se nos podría contraargumentar, como lo hacen algunos fallos citados más arriba, que la violación de las normas sanitarias permite presumir (*iure et de iure*) la peligrosidad de la conducta –en este caso, para la salud pública. Así entonces, al incumplimiento del imperativo de respetar el toque de queda o de no usar mascarilla en la vía pública, le es inherente el peligro para el bien jurídico protegido por el artículo 318 del Código Penal. Esta argumentación, a nuestro criterio, transgrede palmariamente la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal (mandato dispuesto en el artículo 19 número 3 inciso séptimo de la Constitución). Esto lo afirmamos porque no puede obviarse que la antijuricidad es un elemento del delito, comprendido –aunque imperfectamente– en la definición del artículo 1 del Código Penal. Si esto es así, ni la acción, ni la tipicidad, ni la antijuricidad, ni la culpabilidad, pueden ser presumidas de derecho.

Para que quede totalmente claro: presumir la afectación a un bien jurídico, en términos simples, tiene como consecuencia que la antijuricidad no debe acreditarse, por tanto, es irrelevante si el bien tutelado fue afectado o no. Lo anterior, como hemos referido *ut supra*, es incompatible con el principio de lesividad.³⁷

En función de lo expuesto, concluimos que el concepto de delito de peligro como delito formal no es compatible con el ordenamiento jurídico nacional. Esto conlleva a que subsistan dos opciones respecto al artículo 318 del Código Penal: o es un delito de idoneidad o uno de peligro concreto. Al respecto, consideramos la segunda opción como válida (peligro concreto), debido a lo siguiente:

Si el precepto en examen no mencionara expresamente entre sus elementos objetivos la necesidad que la conducta sitúe en peligro la salud pública, aun así, al me-

36. Para estos efectos, entendemos por principio de lesividad que «solo sería legítimo recurrir al derecho penal cuando fuese necesario para la protección de determinados bienes jurídicos, o intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para proteger la libertad de los ciudadanos. Se añade que esta necesidad estaría limitada por la efectiva afectación de dichos bienes (principio de ofensividad o lesividad) y por la ineficacia del derecho común para obtener similar nivel de protección (principio de *ultima ratio*)» (Matus y Ramírez, 2019: 51).

37. Véase en este orden de ideas los fallos de la Corte Suprema, rol 25.388-2021 (considerando duodécimo), del 5 de julio de 2021, y rol 32.880-2021, del 25 de agosto de 2021 (considerando cuarto).

nos la acción debe ser apta para hacer peligrar el bien tutelado. Esto es así, porque la antijuricidad debe ser probada, no se presume. El mínimo exigido para cumplir con las exigencias del principio de lesividad es que al menos exista un peligro hipotético causado por una conducta idónea; como ocurre, por ejemplo, con los delitos consagrados en el inciso primero y segundo del artículo 9 de la Ley de Control de Armas. Nada se dispone en el tipo sobre la necesidad de peligrosidad o de idoneidad, lo que es innecesario, ya que, como bien lo expresamos, lo exige el artículo 1 del Código Penal.

Ahondando en la idea anterior, imaginemos que nuestro artículo 318 tuviese la redacción que tenía en su origen;³⁸ necesariamente debiéramos llegar a la conclusión de que es un delito de peligro hipotético. Afirmar que es un delito formal conllevaría a una abierta infracción al texto constitucional, vulnerando tanto el principio de legalidad como asimismo la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

Si esto es así, ¿qué sentido tiene que sea el mismo tipo el que exija como elemento típico la puesta en peligro? Estimamos que la única interpretación que nos permite dotar de sentido a aquella frase es la exigencia normativa de un peligro cierto. Esta opción hermenéutica también es la más compatible con la exigencia de un derecho penal que tienda hacia una intervención mínima.

¿Qué significa esto? Que el artículo 318 del Código Penal, a nuestro entender, exige como elemento necesario para su aplicación que el encartado esté contagiado (y tenga conocimiento de ello, obviamente). Evidentemente, quien tiene la carga de la prueba de lo anterior es el acusador. Ahora bien, el resto de las conductas creemos que solo serán captadas en sede administrativa; penalmente son intrascendentes. Aquello se debe a que, si no existe contagio, no existe riesgo efectivo.

Si la persona es sospechosa de portar el virus, pero durante la investigación se acredita que no estaba contagiada, consideramos que la consecuencia debe ser que se decrete el sobreseimiento definitivo, en conformidad con el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal. Lo anterior se asevera, puesto que, si no hay portador de virus, no hubo peligrosidad a la cual estuvo expuesto el bien jurídico protegido, que como sabemos es la salud pública. En términos sencillos, a nadie podría haber contagiado ese individuo, precisamente porque no estaba contagiado.

¿Y las fiestas o reuniones masivas?³⁹ ¿Cómo se sancionan? Creemos que en dicha

38. Artículo 318 del Código Penal: «El que infrinjere las reglas hijiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia o contajio, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos» (sic).

39. En forma análoga a lo expuesto por nosotros sobre el caso de las fiestas, véase el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 906-2021, del 29 de octubre de 2021, el cual, en lo pertinente, afirma: «SEXTO: Que, es un hecho no controvertido por los intervinientes, que el día 21 de enero de 2021, los imputados no se encontraban contagiados por Covid-19 o sometidos a aislamiento o cuarentena preventiva por ser portadores o contacto cercano de personas con dicha enfermedad, y ningún antecedente permite concluir que su comportamiento hubiere puesto en riesgo la salud pública, aun cuando se trata-

conducta, si el persecutor no logra probar que algún imputado está contagiado,⁴⁰ no concurren los requisitos de tipicidad ni de antijuricidad material, ergo, solo merece reproche en el ámbito sanitario, no en el penal. Si se acredita aquel requisito, solo sería perseguible criminalmente el encartado que se encuentra en dicha situación.

Ahora bien, se nos podría replicar que nuestra postura olvida el contenido del inciso segundo del artículo en comentario. Empero, esto no es así. Dicho inciso consagra una agravante, que parte de la premisa de la conducta del inciso primero.⁴¹ Así las cosas, el desvalor extra se genera al existir un imputado que, estando contagiado (y sabiéndolo), convoca a celebraciones, festividades o espectáculos prohibidos por la autoridad sanitaria. La justificación del aumento de sanción reside en un riesgo efectivo para un número superior de personas, por tanto, una afectación mayor para la salud pública. Lógica similar utiliza el legislador en la agravante del artículo 19 letra g) parte final de la Ley 20.000.

En cuanto al criterio de idoneidad formulado por la Corte Suprema en sus fallos, creemos que este posee falencias. La más relevante es que es una postura que carece de criterios objetivos y que invita a la casuística desmedida. ¿Cuándo una reunión de personas es apta para situar en peligro la salud pública? ¿Depende del número de personas? Y de ser así, ¿cuántas? ¿Depende de si estas utilizaban o no mascarilla; de la distancia física entre ellas? ¿Es lo mismo una reunión de personas en una comuna en fase 2 que otra en fase 4? Y así.

Todas estas interrogantes solo demuestran que finalmente la respuesta es: depende del caso particular, y aquello es una invitación abierta a la subjetividad y arbitrariedad. Uno de los grandes pecados que se le pueden reprochar al Poder Judicial en esta pandemia es la falta de uniformidad de criterios respecto del delito en estudio, lo cual conculca la garantía fundamental de la igualdad ante la ley. Resulta inaceptable en un Estado de derecho que una conducta sea delito dependiendo de la región donde se cometa, o incluso más, de la sala de una determinada corte que conozca el caso. Esto afecta tanto la igualdad ante la ley como asimismo la certeza que pretende garantizar el principio de legalidad, ya que la comunidad no tiene claridad de si la

re de una reunión en que se encontraren varias personas, o fiesta, como lo señala el Ministerio Público; en consecuencia, no concurre el tipo penal del artículo 318 del Código Penal que ha sido motivo de la formalización.

»SÉPTIMO: Que, en estas condiciones, el obrar de los imputados sorprendidos en una fiesta en tiempos de pandemia no es apta para constatar el supuesto peligro para la salud pública, por lo que no concurre el delito por el que se les ha formalizado y que motiva la aplicación de una sanción conforme al tipo penal específico invocado».

40. Sobre este respecto, el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 578-2021, del 17 de junio de 2021.

41. En este sentido, Londoño, Maldonado y Mañalich (2021: 198).

conducta es o no reprochada en sede penal.

Este defecto no se ve superado por los fallos de la Corte Suprema, que sin perjuicio de que pretenden uniformar la jurisprudencia y entregar criterios objetivos, a nuestro juicio, el concepto de idoneidad carece de un contenido determinado y dependerá de lo que entienda cada uno por idóneo.⁴² El único criterio objetivo, y que nos permite superar estas falencias, es el que proporciona la postura que sostiene que el artículo 318 es un delito de peligro concreto.

En síntesis, para que exista una conducta típica y antijurídica en relación con el artículo 318 del Código Penal, debe existir un riesgo efectivo, real y verificable de que otra persona pueda contraer el virus. Lo cual solo puede acaecer si el sujeto activo es portador del Covid-19.

Sin perjuicio de lo expresado, compartimos lo resuelto por el Tribunal Constitucional,⁴³ en orden a que el artículo 318, ya sea un delito de peligro concreto, abstracto o de aptitud, no modifica el hecho de que este es inconstitucional. Esto es así porque es una ley penal en blanco propia, en la cual no se determina el núcleo de la conducta sancionada, vulnerando con ello el artículo 19 número 3 inciso final de la carta fundamental.

Por último, la diferencia entre el artículo 318 y 318 bis,⁴⁴ bajo nuestra lógica, consiste en un criterio relativo principalmente en materia de dolo. Las aparentes relaciones concursales entre ambas figuras esperamos que puedan ser objeto de otro artículo, ya que excede el de este.

Referencias

- BALDOMINO DÍAZ, Raúl (2009). «(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una ley penal en blanco». *Política Criminal*, 4 (7): 125-150. Disponible en <https://bit.ly/3anIWll>.
- BASCUR, Gonzalo (2017). «Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas». *Política Criminal*, 12 (23): 533-609. Disponible en <https://bit.ly/3afRmLr>.
- CURY, Enrique (2020). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Santiago: Ediciones UC.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003). *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.


42. Para una crítica a los delitos de peligro hipotético, véase Muñoz Conde y García Arán (2007: 303).

43. Véase la nota número 32 donde se mencionan los fallos respectivos del Tribunal Constitucional.

44. Sin perjuicio de que no compartimos del todo la propuesta, véase sobre la relación entre ambos tipos penales Londoño, Maldonado y Mañalich (2021: 117-121).

- KINDHÄUSER, Urs (2009). «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal». *InDret* 1/2009. Disponible en <https://bit.ly/3NRf6V4>.
- LONDOÑO, Fernando (2020). «¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (nueva Ley 21.240): más micro que macro». *Criminal Justice Network*. Disponible en <https://bit.ly/3ao2rHn>.
- LONDOÑO, Fernando, Francisco Maldonado y Juan Pablo Mañalich (2021). *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia. Teoría y praxis*. Santiago: Thomson Reuters.
- MALDONADO, Francisco (2006). «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados «delitos de peligro» en el moderno derecho penal». *Revista de Estudios de la Justicia*, 7: 23-63. Disponible en <https://bit.ly/3iFj99C>.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021). «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal». *Revista Chilena de Derecho*, 48 (2): 79-100. Disponible en <https://bit.ly/38Yltaa>.
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2019). *Manual de derecho penal chileno. parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIR PUIG, Santiago (2016). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán (2007). *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- POLITOFF, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2003). *Lecciones de derecho penal chileno, parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio (2019). *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Santiago: DER.
- VILLEGAS, Myrna (2020). *Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno*. *Política Criminal*, 15 (30): 729- 759. Disponible en <https://bit.ly/3mnecE5>.

Sobre el autor

HUMBERTO RAMÍREZ LARRAÍN es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, magíster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra, y estudiante del programa de doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Su correo electrónico es humberto.andres.r.l@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-4685-4071>.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)