

UNIVERSIDAD DE ATACAMA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO



“LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN DEL INCISO PRIMERO DEL
ARTICULO 318: EJEMPLO DEL DERECHO PENAL MODERNO EN
CHILE”

JAVIERA ALEJANDRA QUINSACARA VARAS

2021

UNIVERSIDAD DE ATACAMA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO



“LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN DEL INCISO PRIMERO DEL
ARTICULO 318: EJEMPLO DEL DERECHO PENAL MODERNO EN
CHILE”

Memoria presentada en conformidad a los requisitos para obtener Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Dr. Rodrigo Cristhian Cardozo Pozo.

JAVIERA ALEJANDRA QUINSACARA VARAS

2021

ÍNDICE

Introducción.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I: Derecho penal y pandemia en Chile Covid-19

1. Contexto histórico pandemia mundial covid 19	
1.1 Nociones generales del Covid 19 en Chile.....	8
1.2 Generalidades y reformas al artículo 318 inciso primero del Código penal.....	11
1.3 Respecto al toque de queda y el debate de aplicación del artículo 318 inciso primero	13

CAPÍTULO II: técnicas de tipificación de los delitos de peligro abstracto.

1. Análisis a la técnicas de tipificación utilizada en los delitos de peligro abstracto.	
1.1 El resultado.....	17
1.2 El peligro y la clases de delitos de peligro.....	19
1.3 delitos de peligro abstracto.....	22
2. respecto al bien jurídico.	
2.1 el bien jurídico y su papel en la tipificación.....	24
2.2 Bien jurídico individual y colectivo.....	27
3. anticipación de la tutela penal	
3.1 Problemáticas de los delitos de peligro abstracto.....	29
3.2 Delitos de peligro abstracto y bien jurídico colectivo.....	31
3.3 La salud publica como bien jurídico colectivo	33

CAPÍTULO III: Aplicación y Perspectiva crítica del artículo 318 inciso 1°.

1. respecto de la aplicación del artículo 318 inciso primero.	
1.1. Breve mención jurisprudencial que aplican el artículo 318 inciso 1° a modo contextual.....	35
1.2. Breve mención a sentencia del Tribunal Constitucional respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318	40
2. Toma de postura	
2.1. Crítica a la técnica de tipificación del artículo 318 inciso primero.....	45
Conclusiones.....	49
Bibliografía	53

Introducción

La actual pandemia por covid-19 que aun estamos viviendo en el año 2021 y nos consternó debido a su rápida y contagiosa propagación por todo el mundo, la cual ha dejado trágicos resultados a su paso, es por ello que las autoridades competentes dentro de sus respectivos países tomaron medidas sanitarias precautorias para combatir la acelerada propagación del virus a nivel mundial.

En nuestro país se han estructurado planes de prevención además han decretado Estado de excepción constitucional de catástrofe, toque de queda por alerta sanitaria, entre otras medidas establecidas como el uso de mascarillas, alcohol gel en todos los recintos, aforos restringidos y cuarentenas obligatorias.

Debido a ello han surgido problemáticas en torno a la correcta interpretación y aplicación del artículo 318 del código penal (en su inciso primero) el cual es nuestro objeto de estudio, pues, para los organismos persecutores del Estado infringir el toque de queda era una conducta que debía ser penada como Delito de carácter Penal por poner en riesgo la salud pública y no una sanción de carácter administrativo como sería comúnmente el hecho de infringir el horario establecido en un toque de queda.

Es por ello que se generó gran controversia en los procesos judiciales, pues, presenciamos fallos discordantes respecto de, si las conductas que configuraban los delitos de peligro establecido en la descripción típica de la ley eran efectivamente conductas peligrosas para la propagación del virus en cuestión.

En este punto es donde nos encontramos con la interrogante ¿Cuáles son las problemáticas que implica la técnica de tipificación utilizada en el artículo 318 inciso 1 del código penal que ha dificultado su correcta aplicación?

Para lo cual es necesario enfocarse en una minuciosa investigación doctrinal respecto de la técnica de tipificación utilizada en los delitos de peligro para poder encontrar las problemáticas en su descripción. Que nos dice la dogmática penal al respecto y lo sucedido en relación a su aplicación desde los inicios de la pandemia covid-19 en Chile.

Para lograr lo expuesto es necesario utilizar un método Dogmático jurídico mediante investigación documental y racionamiento lógico deductivo, el cual nos dará los instrumentos necesarios que nos permita investigar e identificar posibles respuestas.

Es por ello que la doctrina cumple un papel fundamental en nuestra investigación, respecto de la actualidad del tema abordado pues al ser actual y dinámico van surgiendo cambios constantes respecto de lo desconocido del virus y las nuevas conductas riesgosas que pueden surgir, es por ello que nos adentramos en los debates doctrinales y la amplia información dogmática penal y conocimiento que podemos encontrar en los extensos estudios científicos respecto de los delitos de peligro que pueden resolver en gran medida los problemas actuales.

Respecto a la interrogante, los objetivos y las interrogantes a responder son relevantes para configurar una investigación importante respecto de la actual problemática que está ocurriendo en Chile, para ello también debemos estar atentos además con lo establecido en los fallos de los tribunales de justicia del país las ilustrísimas Cortes de apelaciones y la excelentísima Corte Suprema los cuales analizaremos paralelamente a los textos doctrinales.

Debemos comprender como se han abordado en los delitos de peligro concreto y abstracto sobretodo respecto de las problemáticas que conllevan estas técnicas tipificación con énfasis en el desvalor de la conducta sancionada, respecto al bien jurídico antijuridicidad material y de la jurisprudencia analizaremos de forma critica algunos fallos de los tribunales del país que han dejado un importante precedente sobre

la aplicación de este controversial artículo, es relevante en cuanto a la evolución que se ha llevado en las audiencias respecto a la aplicación del artículo en cuestión, todo ello con el fin de ponderar lo analizado para llegar a una acertada conclusión de nuestro estudio.

Nuestros objetivos específicamente a lograr en este trabajo investigativo son los de contextualizar la pandemia covid-19 y como ha afectado en Chile desde una perspectiva penal y su aplicación durante el tiempo, las medidas que se han tomado y los procedimientos que se han establecido. Situando su Análisis jurídico en la clase de peligro en el tipo descrito, identificando los problemas de esta técnica de tipificación utilizada en el artículo 318 inciso primero del código penal chileno. Para finalmente Establecer una perspectiva crítica respecto de lo investigado, analizado y estudiado. A modo de unificar y poder determinar las conclusiones en respuesta a la interrogante planteada.

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL Y PANDEMIA EN CHILE COVID-19

1. CONTEXTO PANDEMIA MUNDIAL COVID 19.

1.1 Nociones generales del Covid 19 en Chile.

El virus denominado COVID-19 se ha convertido en una pandemia global de enfermedad respiratoria aguda que provoca la muerte en ciertas personas vulnerables, que está estrechamente relacionado con SARS-CoV. Comenzó en diciembre de 2019 en Wuhan, provincia de Hubei en China y fue declarada pandemia global el 11 de marzo de 2020 por la organización mundial de la salud (OMS)¹.

Como sabemos las pandemias son un problema constante en la historia de la humanidad, ya que atentan contra la supervivencia de nuestra especie, las que se han podido superar gracias a los avances científicos con la creación de vacunas, que permiten mantener controladas variadas enfermedades causadas por virus, que en su momento fueron letales para el ser humano.

¹Disponible en <https://www.who.int/es>

Este virus ha causado estragos debido al desconocimiento científico del mismo ya que es mortal para algunas personas y para otras es indiferente, en especial a su propagación pues la interconexión que tenemos ahora entre países, facilita aun mas el contagio, es por ello que no tardó en propagarse en el mundo entero y por supuesto en llegar a nuestro país Chile.

La incertidumbre que causaba el futuro en nuestro país era esperable pues, es de publico conocimiento la paupérrima salud pública que entrega el Estado a sus ciudadanos, y como dijo el ex ministro de salud en una entrevista, que nuestro sistema de salud “es el mejor y mas eficiente del planeta”², no puede estar mas alejado de la realidad que tenemos la gran mayoría de los Chilenos. Pues sí, generalmente está colapsado el sistema en una normalidad común, en una pandemia de esta magnitud, donde fuimos consientes y expectantes de lo que sucedía en países del primer mundo, las expectativas para nosotros eran desalentadoras³.

Las medidas que tomo el gobierno fueron, implementar medidas sanitarias como el uso de mascarilla en todo momento, el uso de alcohol gel, cuarentenas obligatorias, reducción de aforo todo ello sistematizado en un plan denominado paso a paso⁴. el cual consta de 5 pasos entre los que se avanza o retrocede, de acuerdo a la situación sanitaria de cada comuna, siendo el paso 1 el mas restrictivo y el 5 de apertura avanzada, es decir, se amplían los aforos, se abren los comercios, una “nueva normalidad”.

Dentro de las medidas que se establecieron para evitar la creciente propagación , y una de las mas controversiales fue decretar Estado de excepción constitucional, junto con ello el toque de queda a tempranas horas, debido a la gran cantidad de contagios

²Disponible en <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2020/02/25/tenemos-uno-de-los-mejores-sistemas-de-salud-del-planeta-tierra-manalich-le-responde-a-stefan-kramer.html>

³Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872015000600011

⁴ Disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>

solo era posible salir con permisos transitorios y salvo conductos ya sea a comprar insumos básicos o esenciales, acudir a centros de salud, o alguna necesidad urgente limitada por los permisos que entregaban los carabineros de Chile, dos por semana en cuarentena total o fase 1 del plan paso a paso.

A principios del 2021, a casi dos años de la pandemia, comienza el plan de vacunación Covid- 19 “yo me vacuno⁵” donde se comienza a inocular a la población en general con diferentes tipos de vacunas autorizadas por el instituto de salud publica junto a un comité de expertos compuesto por profesionales en el área de la salud Pfizer- CoronaVac- AZD1222 (AstraZeneca) – CanSino- Janssen- SPUNTIK.⁶ Las cuales han tenido, bastante aceptación por parte de la ciudadanía, que voluntariamente se ha inoculado con las dosis requeridas, sin embargo existe en parte de la población personas “antivacuna” las cuales desconfían de los avances científicos contribuyendo a la desinformación, pues creen que sus propios sistemas inmunológicos son capaces de producir la inmunidad al virus “una vacuna experimental pero nadie te garantiza que si te pasa algo te van a responde” acusan al estado de tratarlos como ciudadanos de segunda categoría⁷ debido al pase de movilidad⁸ que es entregado a las personas que se vacunan con las dosis requeridas los cuales pueden entrar a recintos cerrados restaurantes, pubs, bares ,etc. viajar sin mayor documentación, entre otro beneficios siendo por suerte un razonamiento minoritario.

Debido a los masivos contagios, irresponsabilidad ciudadana infracciones a las cuarentenas obligatorias de contagiados e infracciones al horario de toque de queda sin los debidos permisos sanitarios inclusive fiestas masivas, es como tomo relevancia el articulo 318 para las autoridades pues se pretendía proteger a como dé lugar la salud pública.

⁵ Disponible en <https://www.gob.cl/yomevacuno/#info-vacunacion>

⁶ Disponible en <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/86047-vacuna-covid-19>

⁷ Disponible en <https://www.sandiegouniontribune.com/en-espanol/noticias/story/2021-07-23/decenas-de-antivacunas-acusan-discriminacion-en-chile>

⁸ Disponible en <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/93514-pase-de-movilidad>

1.2 Generalidades y reformas al artículo 318 inciso primero del código penal.

Este artículo se encuentra ubicado en el libro II crímenes y simples delitos y sus penas, título VI de los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares, párrafo XIV de los crímenes y simples delitos contra la salud pública, del código penal chileno del año 1874, el cual su texto primitivo decía lo siguiente:

“El que infrinjere 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 pesos⁹.”

Como vemos hacia referencia a la infracción de las normas de salubridad establecidas por la autoridad, las cuales era insuficiente para satisfacer las necesidades jurídicas normativas de la época ya que, al ser una ley penal en blanco, deriva su contenido o precisión a una norma complementaria y esta debe determinar las reglas higiénicas o de salubridad establecidas por la autoridad competente de lo contrario no es posible en ningún caso la configuración del tipo. Para resolver las problemáticas sanitarias que surgían y con el fin de colmar las lagunas en 1931 es creado el Código sanitario con carácter administrativo.

En 1969 es dictada la ley 17.155 de modificación en lo relativo a los delitos contra la salud pública y códigos de procedimiento penal y sanitario¹⁰ modificando el *Artículo 318°* quedando de la siguiente manera:

“El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas hijiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe,

⁹ Historia de la ley código penal texto original 1874.

¹⁰ Historia de la ley. 17.155 texto original.

epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de uno a cinco sueldos vitales.”

Una vez modificados los presupuestos típicos del presente artículo, quedando que al infringir las reglas de higiene o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, debía poner en peligro la salud pública adhiriéndose por primera vez este concepto. se agregó también al tipo penal el tiempo de catástrofe, que se equiparó al de epidemia y “contagio” ¹¹

La más reciente modificación a este artículo es llevada a cabo por la ley 21.240 con fecha 20 de junio del 2020 la cual fue creada con el motivo de resolver los problemas del surgente contagio reforzando las medidas de contención¹², pues debido a la pandemia Covid 19 surgieron casos en donde personas infectadas no obedecían las cuarentenas obligatorias establecida por las autoridades sanitarias competente, lo que significo un gran riesgo para la comunidad no contagiada, sobretodo por la cantidad, la rápida propagación, la poca capacidad de camas y ventiladores mecánicos dentro del sistema de salud y el desconocimiento del virus.

El resultado de la nueva ley fue elevar las penas de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días) a presidio menor en su grado mínimo a medio hasta 3 años y multas que era de 1.000.000 de pesos a los 10.000.000 de pesos, además de incorporar circunstancias agravantes en su inciso segundo como la “convocatorias a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas.”

¹¹ BALAMACEDA. Gustavo, *Infracción de reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con peligro para la salud pública: propuesta de interpretación* (Santiago, 2020) P. 3

¹² Historia de la ley. 21.240 sanciona la “inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva decretada por la autoridad sanitaria en caso de epidemia o pandemia”

Lo que interesaba al legislador era efectuar una “actualización” del tenor del artículo 318, en cuanto a que en su redacción se incluyera una sanción al incumplimiento de la obligación de mantener el aislamiento social en virtud de la salud pública.

1.3 Respecto al toque de queda y el debate de aplicación del artículo 318 inciso primero.

En razón del toque de queda establecido en Chile desde comienzos de la pandemia COVID-19 y como afectó en la correcta interpretación y aplicación del artículo.

Es en este punto de la investigación donde se presentan las primeras dificultades o errores interpretativos en torno a este artículo, pues, no había clara convicción respecto de su correcta aplicación en la praxis sobre las masivas detenciones de ciudadanos por infringir el toque de queda, lo que generó un debate entre el ministerio público como órgano persecutor Estatal y la defensoría Penal pública del país¹³.

El contenido del debate se centraba entre El Ministerio Público afirmando que era un delito de peligro abstracto el art. 318 pues así se llevaban a cabo la cobertura de casos de infracción de cuarentena por sujetos no contagiados solo por el hecho de infringir el horario establecido. Rechazando en cambio tal cobertura la defensoría penal publica y contra argumentando a la vez que se trataba de un delito de peligro concreto por ende se debería exigir que la conducta realizada fuese un peligro concreto a la salud

¹³ **Corte de apelaciones de Rancagua** ROL N° 955-2020 (06-08-2020); ROL N° 940-2020 (05-08-2020) **Corte de apelaciones de san miguel** ROL N° 1798-2020(06-07-2020);**Corte de apelaciones de Santiago** ROL N° 3952-2020 (06-08-2020);**Corte de apelaciones de Valparaíso** ROL N°1638-2020(18-08-2020); **Corte de apelaciones de puerto Montt** ROL N° 757-2020 (02-11-2020).

publica”¹⁴. así pues, surge la interrogante si nos encontrábamos frente a un delito de peligro abstracto o de lo contrario un delito de peligro concreto.

Para dar una respuesta, según lo estudiado y la descripción típica, esta advierte ser que la conducta punible es el riesgo “ *el que pusiere en peligro la salud publica*” el legislador no exige la necesidad de que el peligro deba ser constatado *ex post*, ya que la generalidad de los casos detenidos fueron por no respetar el toque de queda en lugares eriazos, donde no era efectivo el contagio como peligro concreto, como así lo podemos convenir en los casos de los delitos de peligro concreto que señala nuestro ordenamiento jurídico como son los casos de: el auxilio al suicidio (art 393 CP), Riñas (art. 392, 402 y 403 CP) abandono de niños y personas desvalidas (art. 346 al 352 CP) entre otros. La real puesta en peligro del bien jurídico, como lo precisamos anteriormente.

A demás debemos considerar con profundidad que el riesgo o peligrosidad de la conducta concreta debe ser perjudicar el bien jurídico protegido o no se estaría cumpliendo con el principio de lesividad ¹⁵.

Es necesario que la conducta imputable al delito cumpla con los requisitos instaurados por principios fundamentales del derecho penal para la valida y correcta protección de bienes jurídicos, es por ello que aplicado a los casos en concreto y deduciendo lógicamente que no existe la probabilidad de afectar la salud publica en personas que desobedecen el toque de queda donde y circulan en calles o sitios eriazos, atendiendo a la capacidad de infección del virus, es evidentemente imposible su

¹⁴ LONDOÑO, Fernando ¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no 21.240): más micro que macro... (Barcelona, CJN 2020) p. 4

¹⁵ COROCOY BIDASOLO, Mirentxu, *delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Valencia, Tirant lo Blanch) p. 227 “ *el alto nivel de riesgo no autoriza al poder legislativo ni al judicial saltarse los principios que conforman el derecho penal, en especial el principio de lesividad, por lo que siempre deberá de probar en el caso concreto ex post la conducta efectivamente peligrosa.*

contagio y eventual propagación mas aun a niveles masivos como lo seria la puesta en peligro del bien jurídico “salud publica” .

También es fundamental establecer que esta descripción típica utiliza la institución de “salud publica” como bien jurídico supraindividual¹⁶ o colectivo como preferiremos llamarlo, los cuales son considerados por la doctrina como delitos de peligro abstracto según la clasificación de afectación o lesión al bien jurídico protegido, de los cuales profundizaremos con mayor detalle mas adelante.

Es así como podemos concluir que este artículo pertenecería a la clasificación de delito de peligro abstracto y no concreto por las razones dadas anteriormente, a demás de surgir nueva jurisprudencia, la cual analizaremos, pues, debido a lo reciente de todo lo acontecido ha sido fundamental para consolidar las discusiones y crear un precedente solido para los tribunales del país. lo que respalda las conclusiones inferidas¹⁷, es por ello que el debate respecto de peligro abstracto o peligro concreto queda hasta el momento consolidado.

Ya determinado el peligro abstracto esto no deja del todo resuelto el debate pues al establecer el articulo 318 inciso primero como un delito de peligro abstracto debemos recordar las sub clasificaciones que surgen del mismo de las cuales se deben especificar para determinar su correcta aplicación respecto de este controvertido articulo.

Debemos precisar además una problemática que no debe queda al margen, respecto a las personas en situación de calle¹⁸, que a la fecha año 2021 son un total de 16,410¹⁹ en nuestro país las cuales por obvias razones no pueden guardar cuarentena

¹⁶ COROCOY BIDASOLO, *ibidem* p. 23.

¹⁷ **Corte Suprema** ROL 125436-2020 (25-03-2021).

¹⁸ DÍAZ BAEZA, Paz; CARRAZANA GÁLVEZ Sebastián. *consideraciones sobre el artículo 318 del código penal y su relación con la infracción al toque de queda. Caso particular de las personas en situación de calle* Revista de la Justicia Penal N° 14 ESPECIAL (2020 ISSN 0719-9228) pp. 148-156

¹⁹ <https://www.gentedelacalle.cl/personas-en-situación-de-calle/>

obligatoria, son invisibilidades por nuestro ordenamiento jurídico, siendo criminalizadas por los organismos persecutores del país, como podemos confirmar en la sentencia dictada en puerto Montt, la cual llego a la Excelentísima Corte Suprema como recurso de amparo contra Carabineros de Chile²⁰.

²⁰ **Corte Suprema** ROL:16913-21, MJJ306696

CAPÍTULO II

TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

1. ANÁLISIS DE LA TÉCNICA DE TIPIFICACION EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

1.1 El resultado

El resultado como concepto relevante para el derecho penal, no esta exento de problemáticas con respecto a su definición, pues, el resultado como consecuencia o efecto de algo como suele ser conocido, no es lo bastante preciso en relación a los estrictos presupuestos que el derecho penal exige. Es aquí donde surgen diversas teorías, perspectivas y amplias funciones extensas en el área penal que lo explican las cuales no especificaremos en virtud del objetivo de esta investigación.

Pero si, es necesario determinar una concepción de resultado penal para este estudio, pues, es lo fundamental para hacer punible una conducta, que exista un resultado.

Es complejo definir resultado penal y que el concepto pueda satisfacer figuras que carecen de él en su sentido material, y aún así son punibles legítimamente en nuestro ordenamiento jurídico , sin mas preámbulo, consideramos resultado penal en esta investigación *aquella situación o estado creado distinto de la conducta que lo*

*origina con relación al bien jurídico penal y que es valorado de forma negativa*²¹. Con esta definición la autora logra integrar situaciones que no requieran consecuencias externas, como los delitos de peligro en los cuales no existe una concreta lesión del bien jurídico, lo cual es muy difícil de probar procesalmente.

Lo que propone la autora es una perspectiva funcionalista del bien jurídico penal que sirva como parámetro delimitador así lo explica “*situación que contradiga a la norma tutelada*”²² cumpliéndose con la antijuridicidad formal y material del injusto donde la consecuencia material o externa no sea la única que se requiera para configurar el injusto, ello no quiere decir que elimina la idea de tipicidad en la valoración (resultado típico²³), pero no lo considera suficiente para hacer punible la conducta. Lo que concluye finalmente es que todos los delitos son de resultado.²⁴

Lo que debemos comprender, es la importancia de atribuir un resultado penalmente relevante para este estudio de lo contrario son conductas irrelevantes para el derecho penal.

Debemos destacar que resultado no es lo mismo que una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, respecto de los delitos de peligro que es nuestro objeto de estudio, pues estos al carecer de lesión suelen tener problemas de legitimación en su aplicación, entonces ¿que sentido tiene prohibir situaciones de peligro si se exigen parámetros lesionadores para ser punibles? es por ello que la autora propone exigir criterios *jurídicos- valorativos* valoraciones insertas en la norma penal²⁵, en donde la

²¹ VARGAS PINTO, Tatiana, *delitos de peligro abstracto y resultado*, (Pamplona, Thomson Aranzadi, 2007) p. 205.

²² *Ibidem* p. 207.

²³ *Ibidem* p 199. “*Se refiere a la Vinculación con exigencias típicas, lesión o puesta en peligro del objeto material de la acción.*”

²⁴ *Ibidem*, p 207.

²⁵ VARGAS PINTO, Tatiana, *delitos de peligro abstracto y resultado*, (Santiago, Thomson Aranzadi, 2007) p.188

realización de la conducta no dependa de resultados físicos, material. De no ser así, el comportamiento no puede ser punible.

1.2 El peligro y las clases de delitos de peligro.

A) El peligro:

Es fundamental para el análisis de este estudio precisar el concepto de peligro el cual es diferente al conocido por todos que podemos encontrar en los diccionarios como la “ Situación en la que existe la posibilidad, amenaza u ocasión de que ocurra una desgracia o un contratiempo.²⁶”, pues este es un peligro penalmente relevante, es por ello que lo tomamos como uno de los puntos de partida en este estudio por ende una referencia obligatoria si nos queremos dedicar al estudio de estos delitos.

Respecto del artículo en cuestión, es determinante este requisito que encontramos en la descripción del tipo “*el que pusiere en peligro la salud pública*”, sin embargo, surgen varias cuestiones que debemos despejar como ¿Qué es peligro penalmente relevante? ¿Desde Cuándo una conducta es peligrosa? ¿existe un resultado peligroso? para poder continuar con la investigación y llegar a una conclusión posible.

Cabe destacar, que es un tema de gran controversia para la doctrina penal como suelen ser la mayoría de los conceptos en esta área, de modo que, para comprenderlo, y como es objetivo relevante y extenso lo abordaremos de forma breve.

Para resolver las interrogantes que surgen en la investigación debemos conocer lo que la doctrina entiende por ello, ahora, siguiendo a Kindhäuser²⁷ en su propuesta

²⁶ Definiciones de Oxford languages <https://languages.oup.com/>

²⁷ KINDHAUSER, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*, en InDret Barcelona 2009 p. 206. *el concepto de peligro es la inseguridad consciente pues afirma que una conducta es peligrosa cuando el autor no esta en situación de excluir con certeza la entrada de*

de concepto de peligro el cual lo define como la “*inseguridad consiente*” una conducta de la cual no tenemos capacidad de prevención o evitación. Proponiendo que no se puede hablar de peligro si es segura la producción del daño y se es consiente de ello.

Rodríguez Montañez²⁸ Presenta el elemento esencial del peligro, que es el bien jurídico en una situación de lesión que no puede ser evitada con seguridad, además, plantea que los conceptos claves serian el No dominio de la situación por el autor y la *causalidad* como factor decisivo.

En su contrapartida la autora Corcoy Bidasolo plantea un concepto de peligro definiendo una conducta como peligrosa de naturaleza normativa²⁹, “*el cual no depende de la posibilidad de evitación de la lesión por parte del autor, sino, de la verificación probabilidad de lesión en el caso concreto, en atención a los bienes jurídicos potencialmente puestos en peligro*”³⁰, Con ello la autora pretende legitimar el castigo de conductas peligrosas “*Pues solo en la medida en que se incrementen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetaran los postulados del Estado de Derecho*”³¹

Lo que es insuficiente en consideración con los delitos de peligro abstracto que tengan como objeto de protección un bien jurídico colectivo, primero por el requisito que en el caso concreto que supone la autora no existe en los delitos de peligro abstracto

circunstancias relevantes para la lesión. Lo relevante para el peligro es la incapacidad de prevención o evitación.”

²⁸ RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *delitos de peligro, Dolo e impudencia* (Madrid, 1994) p. 37. *El bien jurídico es puesto en una situación de crisis, perturbado en su seguridad, dejando su integridad en manos del azar.*

²⁹ COROCOY BIDASOLO, Mirentxu, *delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Valencia, Tirant lo Blanch 1999). P. 51 “*El peligro normativo, se concibe como «probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal», debiendo de suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que esté legitimada la consideración de típica de esa conducta.*”

³⁰ *ibídem*, p 52.

³¹ *Ibídem* P. 52

y segundo como probamos el “caso concreto” en jurídicos colectivos donde no existe un referente individual comprobable materialmente.

Una vez determinados los presupuesto fundamentales del concepto de peligro en grandes rasgos, debemos establecer de igual forma las funciones que cumple el peligro dentro de las técnicas de tipificación, una de ellas es como motivo (*ratio*) que permite al legislador adelantar las barreras de punición para la protección de ciertos bienes que merecen tal protección, debido a lo esencial de los mismo para la vida en comunidad. Es por ello que, con base en las altas probabilidades o estudios estadísticos de generar lesión en el bien protegido, por la conducta ejecutada ésta es castigada.

Cabe destacar que el derecho penal no busca regular todos los posibles peligros que existan en la sociedad, pues debe respetar el principio de *Ultima ratio, mínima intervención máximas garantías y legalidad* el ámbito de su aplicación debe ser acotado y limitado por estos principios que garantizan la protección de intereses sociales relevantes, los bienes jurídicos como objeto de referente en el ámbito normativo penal.³²

Otro concepto es el juicio de peligro el cual es la función que se deriva al juez, pues no basta que un comportamiento sea legítimamente punible cumpliendo solamente con la antijudicialidad formal, sino que, también se requiere con la verificación del cumplimiento del peligro en la antijudicialidad material y como elemento del tipo, respetando el principio *nullum crimen sine lege* o de legalidad, si una conducta es peligrosa o no en el caso concreto a través de un juicio probabilístico³³.

³² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina “respecto al concepto de peligro, no cabe duda que este es un concepto de naturaleza normativa, en cuanto a que su objeto de referencia es el bien jurídico”. 1993 P. 117

³³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. pp. 35, 52-53; VARGAS PINTO, Tatiana, *delitos de peligro abstracto y resultado*, (Santiago, Thomson Aranzadi, 2007) p. 230.

B) Los delitos de peligro

Son aquellos que se satisfacen con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende proteger con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión³⁴, es decir, con ello de adelanta la intervención penal a momentos previos a la lesión del bien jurídico. Es por ello que la ley exige que la concurrencia del peligro vaya aparejada por el bien jurídico protegido, pues este debe ser probado o de la presunción de la existencia de ese peligro³⁵.

Como sabemos, una de las primeras distinciones que encontramos, son entre los delitos de lesión y los delitos de peligro. Los primeros son aquellos en los que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido para su consumación, en cambio, los segundos son aquellos en los que el legislador considera suficiente para la incriminación *la sola puesta en peligro, la probabilidad* de una lesión concreta, con el hecho de poner en peligro al bien jurídico protegido, amenazando al mismo para lograr la consumación³⁶.

Respecto del artículo 318 inciso primero, la principal deducción que precisamos al analizar es, que nos encontramos frente de un delito de peligro pues en su descripción típica, y es así como lo determina el legislador “*el que pusiere en peligro la salud pública*”.

³⁴ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal parte general tomo II* (Santiago, editorial jurídica de Chile, 1997) p 253.

³⁵ BULLEMORE, Vivian, *curso de derecho penal tomo II teoría del delito*, (Santiago, LexisNexis, 2005) II p.16.

³⁶ RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *delitos de peligro, Dolo e impudencia* (Madrid, 1994), *El bien jurídico es puesto en una situación de crisis, perturbado en su seguridad, dejando su integridad en manos del azar* .p. 13 ;POLITOFF . Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia, *lecciones de derecho penal chileno* (Santiago, editorial jurídica de Chile, 2003) pág. 210.

Una vez ya determinado que nos encontramos frente a una descripción típica de delitos de peligro es completamente necesaria la distinción que surge de entre ellos, pues se clasifican en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Los delitos de peligro concreto son aquellos que el tipo requiere la concreta puesta en peligro real del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común que permite concluir que existió un curso probable que conducía al resultado temido, el cual fue impedido por un factor externo. El peligro debe ser un elemento del tipo verificado por el juez en el caso concreto.³⁷

En razón a esta clase de delitos debemos referirnos al momento o lugar en la línea temporal que el juez debe tomar como observador objetivo e imparcial, hablamos de la perspectiva *ex ante* y *ex post* en situaciones fácticas o concretas.³⁸ Así como desde una perspectiva *ex ante* el juez deberá situarse en el momento en que se realizó la conducta peligrosa, debiendo considerar exclusivamente aquellas circunstancias reconocibles al tiempo de la acción, abstrayendo de la base del juicio de peligro los hechos acaecidos con posterioridad. Por el contrario, en el juicio *ex post*, la ubicación que debe tomar el observador objetivo (juez) en la línea de tiempo, constituye un aspecto menos claro y más ajeno al consenso mecanismo que habitualmente se utiliza para determinar la valoración de la existencia de un resultado o situación de peligro³⁹.

Los delitos de peligro abstracto por el contrario este delito se perfeccionan con la sola ejecución de una acción típicamente peligrosa o peligro en abstracto que según la experiencia general representa en si misma un riesgo sin exigir que en el caso

³⁷ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ *ibidem* p 210.

³⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. *Ibidem* p.59.

³⁹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007 *ibíd.* p.226. ; CASTILLO MEZA, Claudia ;MUÑOZ TORO, Macarena “*La salud pública como bien jurídico penal de naturaleza colectiva y los delitos de peligro como técnica de tipificación*” Tesis pregrado Universidad de Chile (Santiago 2016)

concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido⁴⁰, no exige la verificación de peligro constatada por el juez, puesta esta viene establecida en la ley, el peligro no forma parte del tipo, sino, es el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva la *ratio legis*⁴¹.

1.3 delitos de peligro abstracto.

Son varias las propuestas sobre los delitos de peligro abstracto que podemos encontrar en la doctrina penal, pues, estos implican una gran controversia dogmática al ser uno de los principales conceptos “problemáticos” que encontramos en las contribuciones al derecho penal moderno. Sobre todo respecto de su legitimidad constitucional, inclusive hay teorías que rechazan la adhesión de este delito al ordenamiento jurídico por contradecir las garantías y principios constitucionales básicos⁴² (presunción de inocencia).

Partiremos por determinar los presupuestos mínimos con las definiciones de las diversas clases en las que se conforman los delitos de peligro abstracto que encontramos en los textos dogmáticos.

- A) Lo primero que abordaremos son los delitos de peligro abstracto puros o propiamente tal que ya definimos en la pasada clasificación.

- B) En cuanto a los delitos de peligro abstracto hipotético nomenclatura utilizada por el profesor Torio⁴³ son aquellos en los que es necesaria y suficiente la

⁴⁰ RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *delitos de peligro, Dolo e impudencia* (Madrid, 1994) p. ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general Tomo II* (Munich, editorial civitas S.A, 1997) p 407, POLITOFF, MATUS, RAMIREZ *ibidem* p 210. BULLEMORE. *ibid*; BICIGALUPO, Enrique, *derecho penal parte general* (Buenos aires, Editorial Hammurabi SRL, 1999) p. 312

⁴¹ ROXIN, Claus, *ibid.* 1997 p.407

⁴² VARGAS PINTO Tatiana, *ibid.*, pág. 256 cita BUSTOS, RAMIREZ Y POLITOFF.

⁴³ TORIO LOPEZ, Ángel, *delitos de peligro hipotético*, (Valladolid, 1981).

ejecución de una acción peligrosa que produzca un peligro al bien jurídico protegido, acción como requisito indispensable que según un juicio de probabilidad de daño, en caso de producirse el contacto entre ambos, es idónea (aptitud de acción) para producir una lesión (*ex ante*) al bien jurídico, es decir la posibilidad del peligro se deduce de la realización de la acción⁴⁴. Esta acción peligrosa debe seguir los requisitos de: ser subsumibles al tipo, debe ser apta para producir peligro al bien protegido y por ultimo la acción debe estar en contradicción por la norma base del tipo penal⁴⁵.

C) Delitos de peligro abstracto-concreto los autores de estas propuestas son SCHRODER, GALLAS vistos desde el análisis crítico de MENDEZ RODRIGUEZ⁴⁶, suponen una perspectiva hibrida al clásico estudio como indica su nombre, partiendo desde la base de tipos penales que no responden a la estructura de delitos de peligro abstracto o concreto, pues se abstraen del caso individual ciertas circunstancias conocidas, de lo cual tendría como consecuencia que estuviéramos ante un delito de peligro concreto y que por tanto, el dictamen de peligrosidad fuese tarea del juez, pero al mismo tiempo el juez solo debe aplicar el criterio general de los delitos de peligro abstracto para legitimar la calificación de situaciones típicas como peligrosas o no sin tener que abordar el caso individual con todos los sus supuestos.⁴⁷

⁴⁴ TORIO LOPEZ, Ángel *ibíd.*, p838.

⁴⁵ TORIO LOPEZ *ibíd.* pág. 840

⁴⁶ MENDEZ RODRIGUEZ, cristina, *delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*,(Madrid, 1993). P.188 técnicas intermedias entre el peligro abstracto y concreto.

⁴⁷MENDEZ RODRIGUEZ *ibíd.* cita SCHORODER, p. 189

2. RESPECTO AL BIEN JURIDICO

2.1 El bien jurídico y su papel en la tipificación .

Como hemos visto en los conceptos y definiciones a lo largo del estudio encontramos al bien jurídico se presenta en varias oportunidades, pues es muy relevante a la hora de hablar de esta técnica de tipificación , por consiguiente, es necesario comenzar por establecer un concepto.

Bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente. La misión del Derecho penal es la protección de estos bienes, siendo esta la función la que permite legitimar los castigos o medidas de protección(...)el legislador penal entonces no es libre para sancionar cualquier conducta, solo puede reprimir aquella que en alguna forma lesiona o pone en peligro uno de esos intereses sociales o individuales.⁴⁸

Para el derecho penal son irrelevantes las relaciones sociales entre sujetos que no son conflictivas, distinguir entre relaciones sociales conflictivas y no conflictivas es la misión de la política criminal y social en función del carácter dinámico del bien jurídico⁴⁹, es decir, esta abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.

Es por ello que el bien jurídico cumple un papel fundamental en un Estado social y democrático de Derecho, pues este constituye las bases de la legitimidad del ordenamiento jurídico penal en su totalidad. Citando a FERRAJOLI, “la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del Derecho Penal:

⁴⁸ GARRIDO MONTT. *Ibid.* Tomo I p. 64.

⁴⁹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *delitos de peligro y sus técnicas de tipificación* (Madrid,1993) p 25.

se trata de la esencia misma del problema de la justificación del Derecho Penal”⁵⁰ se lesionan bienes jurídicos para salvaguardar otros bienes jurídicos, por un fin mayor.

2.2 Bienes jurídicos individuales y colectivos.

La tradicional clasificación del bien jurídico en Derecho penal es la de bienes jurídicos individuales y supraindividuales.

En los primeros siguiendo a Mata y Martín⁵¹ que los define como los valores de las obras y de la colectividad, están al servicio de los valores de la personalidad, donde se generan todas las instancias y medios para la seguridad y progreso de los individuos. En los bienes jurídicos supraindividuales, los valores colectivos supeditan cualquier otro valor, de manera que todos ellos sirven al Estado y al derecho⁵².

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, la salud pública es a la que se remite nuestro artículo a estudiar, la que responde al concepto de bien jurídico de carácter colectivo o supraindividuales. Los bienes jurídicos colectivos nacen de la necesidad de apremiar los delitos contra el medio ambiente, terrorismo y otros delitos de amenazantes fuentes de peligro, en las que su enorme potencial lesivo y dificultad de control, debe ser intervenido anticipadamente⁵³, además de ser titulares de difusos sujeto pasivo en particular, siendo insuficiente el bien jurídico individual para penalizar conductas en las que no existía un sujeto pasivo en concreto, pero aun así era de apremiante interés castigar a quienes ponían en peligro inminente la salud, vida o la seguridad de indeterminables personas o comunidades. Es importante hacer esta distinción ya que el titular del bien jurídico protegido o sujeto pasivo es determinante para establecer el tipo de delito de peligro abstracto.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi Derecho y razón. Teoría del garantismo penal Editorial Trotta. Madrid 1995 p.467.

⁵¹ MATA Y MARTIN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Granada, editorial Comares 1997) p 12

⁵² MATA Y MARTIN *ibíd.*

⁵³ SANCHEZ GARCIA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Valladolid, Graficas Varona, 1999) p36

Para RODRÍGUEZ MONTAÑEZ el bien jurídico salud publica no es un bien jurídico supraindividual autónomo independiente, ya que considera que la salud publica es una abstracción conceptual para hacer referencia a un conjunto de vidas e integridades de sujetos individuales que constituyen una colectividad difusa es ello lo que justifica la técnica de peligro abstracto, protege los intereses individualizables de la colectividad⁵⁴.

En su contrapartida la autora CORCOY BIDASOLO contrargumento que la propuesta de diferenciar los delitos de peligro abstracto en bienes jurídicos supraindividuales no reconducibles y reconducibles a bienes jurídicos individuales, sería afirmar que existen dos clases de delitos de peligro abstracto en atención a los bienes jurídicos protegidos supraindividuales, negándoles autonomía a ciertos delitos de peligro abstracto. Respecto si tienen referente individual o si se es aceptada la autonomía de estos delitos. *“lo que carecería de suficiente entidad como para considerar que estamos frente a dos clases de peligro abstracto.”*⁵⁵

La consideración que tenemos con respecto al establecer la re-conductibilidad de los bienes colectivos a bienes jurídicos individuales como viable. En primer lugar, carecería de autonomía como asegura CORCOY creando una distinción en los delitos de peligro abstracción en función del bien jurídico protegido individual o colectivo, lo cual daría pie a variadas interpretación buscando bienes jurídicos individuales para darle contenido a los bienes jurídicos colectivos, lo que ya de por sí es complejo se volvería aún más, lo que no contribuyen a la delimitación ni eficiencia del concepto.

⁵⁴ RODRIGUEZ MONTAÑES *ibíd.*, p304 Y SS.

⁵⁵ COROCOY BIDASOLO, *ibíd.* P 139.

3. ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL

Se le denomina adelantamiento de la tutela penal ya que, para evitar la probabilidad de amenaza o menoscabo del bien esencial protegido, se castiga la conducta por el hecho de ser altamente riesgosa su practica para el individuo o la comunidad.

El problema con la anticipación penal aparece respecto del *resultado de peligro* en general al ser comprendido como un concepto de relación o referencia, toma el resultado lesivo como referencia⁵⁶. Siguiendo a la autora, toda puesta en peligro al bien jurídico es considerada anticipación de la tutela penal.⁵⁷

Como sabemos para tipificar los delitos de peligro abstracto requieren un adelantamiento de la barrera punitiva del Estado, es por ello que merecen especial cuidado para hacer punibles conductas, pues, pueden existir casos en los cuales su contenido no sea materia de regulación penal carezcan de bien jurídico y aun así sean tipificados. lo que es gravemente reprochable vulneran garantías y principios básicos del Estado Derecho, es por eso, que veremos en detalle los problemas que pueden ocurrir con los delitos de peligro abstracto.

3.1 Problemática de los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto en general son utilizados como medios principales para emplear la tutela penal anticipada, como vimos, la creciente misión preventiva y represiva asumida por el legislador penal es llevada a cabo fundamentalmente, a través de la constitución de delitos de peligro⁵⁸. El problema surge

⁵⁶ VARGAS PINTO Tatiana, *ibíd.*, p. 40

⁵⁷ VARGAS PINTO Tatiana. *Ibíd. Presunciones, peligros generales o estadísticos e incluso aptitud o idoneidad concreta.*

⁵⁸ MATA Y MARTIN *ibíd.* pág. 47

al implementar los delitos de peligro abstracto cualquiera sea su modalidad, debido a que carecen de todo resultado, por el contrario, los delitos de peligro concreto por conceptos de adelantamiento, no suelen mayoritariamente tener problemas de legitimidad en relación a los principios de mínima intervención o *ultima ratio*, pues su concreta puesta en peligro pertenece al “núcleo” (injusto) del derecho penal, pudiendo ser constatada en juicio.⁵⁹.

Aquí es donde encontramos una de las primeras problemática a esta técnica, si la peligrosidad es parte del motivo que utilizó el legislador para describir el tipo, VARGAS PINTO señala que “la consideración de la peligrosidad como mera ratio de incriminación , no integra como elemento expreso del tipo y la afirmación de que, por ello, ella misma no debe ser probada por el juez”.⁶⁰ MALDONADO lo describe como “Lo que ocurriría es que se trata de situaciones en las que el peligro es tan inherente a la descripción –lo que se afirma sobre la base de un juicio generalizado fundado en la experiencia– que resulta presumido por el legislador *iure et de iure*”⁶¹

Finalmente sería inconstitucional aplicar cualquier clase de pena a la conducta cometida , pues al ser este solo al motivo de creación como sucede en los delitos de peligro abstracto puro, carece de bien jurídico protegido, es decir no es legitima su aplicación para el derecho penal , pues no hay interés socialmente relevante para ser protegido penalmente, siendo su infracción una mera desobediencia o presunción de peligro lo que atenta contra principios elementales del derecho penal y procesal. Por otra parte si tienen relevancia en el Derecho administrativo como infracciones administrativas o policiales⁶².

⁵⁹ SANCHEZ GARCIA DE PAZ. *ibíd.* P 36

⁶⁰ VARGAS PINTO, Tatiana *ibíd.* P. 262.

⁶¹ MALDONADO, Francisco, 2006 *ibíd.* 30

⁶² VARGAS PINTO, Tatiana *ibíd.* p261.

La distinción es abismal y de carácter fundamental considerando los Bienes jurídicos que están en juego al practicar una errónea interpretación o imprecisa tipificación de la norma penal poniéndose en entredicho no sólo el principio de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad y de proporcionalidad, sino que paralelamente importantes principios procesales como la presunción de inocencia y el in dubio pro reo del debido proceso (inconstitucionalidad).

3.2 Delitos de peligro abstracto y bien jurídico colectivo

La principal ventaja de utilizar este recurso técnico es que los delitos de peligro abstracto son figuración orientadas a la tutela de bienes con carácter colectivo o supraindividual. Donde la víctima es lejana, indeterminable o inexistente para algunos autores.⁶³ pues, se caracterizan por describir conductas gravemente peligrosas que no lesionan ni ponen en peligro concreto bienes jurídicos.⁶⁴

Las problemáticas que podemos encontrar en la técnica de tipificación de estos delitos de peligro abstracto, que al adelantar la barrera de punición a la protección de bienes jurídicos colectivos, se amplía el área de criminalización vulnerando principios como el de mínima intervención y dimensiones garantistas del Derecho penal. Es por ello que algunos autores proponen dejar estos delitos en manos del derecho administrativo el cual tiene medios de persecución mucho más eficientes.⁶⁵ Los autores MATA Y MARTIN hace alusión a los delitos contra el medio ambiente donde argumentan que al ser formulas vagas utilizadas por el legislador demasiado generales, no son susceptibles de lesión o puesta en peligro, inabarcables generalmente por el dolo

⁶³ SANCHEZ GARCIA *ibíd.* p. 41 cita HASSEMER.

⁶⁴ VERGARA PINTO, Tatiana *ibíd.* P. 41.

⁶⁵ MATA Y MARTIN *ibíd.* P. 78

del autor siendo “ *vehículos para la introducción de ilícitos formales del derecho administrativo*”.⁶⁶

Torio López, plantea que la teoría convencional de los delitos de peligro abstracto sostiene que pueden ser comprendidas en ellos acciones cuyo grado de tendencia sea incluso nulo, dado que el peligro es solo motivo del legislador, pero este criterio es incorrecto respecto a los delitos de peligro hipotético, “*que solo prohíben acciones peligrosas para el bien jurídico protegido*”. señala que ,el grado de peligrosidad no puede ser establecido por el legislador, “*sino esencialmente en la acción si esta en contradicción con la norma base del tipo penal*”. Donde el juez decida si la acción se encuentra prohibida. Esta acción debe ser idónea para originar un peligro para el bien jurídico, lo que no establece es cuando la acción posee el grado de peligrosidad preciso para ser sometido al Derecho penal.⁶⁷

En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de la acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) como exigencias del tipo⁶⁸.

En definitiva los delitos de peligro hipotético requieren de un momento de coincidencia formal de la acción con la conducta descrita en el tipo, que la acción sea adecuada idónea para producir peligro del objeto protegido, exigiendo un juicio de pronóstico por un juez *ex ante* que defina el comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección, por ultimo el juez debe valorar la acción realizada por el autor como contraria a la norma jurídica⁶⁹

⁶⁶ MATA Y MARTIN *ibíd.* P.. 77.

⁶⁷ TORIO LOPEZ *ibíd.*, p. 842.

⁶⁸ TORIO LOPEZ *ibíd.* p. 844 y ss.

⁶⁹ *Ibíd.* p 841

3.3 La salud pública como bien jurídico colectivo.

Es complejo evidenciar una lesión en un bien constituido por intereses inmateriales de una sociedad y no por una realidad constatable.⁷⁰ Bastante más aún respecto a evidenciar el peligro al que pueden estar expuestos intereses colectivos protegidos jurídicamente. De esta manera debemos delimitar las nociones que identificamos respecto a la salud pública como bien jurídico protegido.

CORCOY BIDASOLO, establece en su texto que la legitimidad de la protección los bienes jurídicos-penales supraindividuales se fundamenta a través de dos principios

1. *“La justificación de la protección penal de estos bienes tiene como presupuesto indispensable la existencia de un referente individual*
2. *Requieren una interpretación especialmente restrictiva de los diferentes niveles de la teoría del delito (la naturaleza del bien supraindividual.)”⁷¹*

En Chile BALMACEDA tiene una perspectiva similar, ya que establece que la salud pública esta compuesta por bienes jurídicos individuales es decir, es la suma de las saludes individuales, pues, considera a los intereses individuales como referente de los intereses sociales los cuales componen la colectividad, estableciendo que el daño social es el que debe repercutir en el libre desarrollo de los individuos y este se concretiza a través de la lesión a un interés social, que corresponde a un injusto de peligro el cual su desvalor debe ser medido con criterio normativos dependiendo de la relevancia de la conducta de afectación al bien.⁷²

⁷⁰ BALMACEDA, Gustavo, *Infracción de reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con peligro para la salud pública: propuesta de interpretación* (Santiago, 2020) p. 15.

⁷¹ CORCOY BIDASOLO, Mirenxu, *ibidem* p 372

⁷² BALMACEDA, Gustavo, *ibíd.*, p. 15

Como ya vimos BALMACEDA despoja de toda autonomía al bien jurídico colectivo haciéndolo depender del individual al que se re-direcciona, buscando la dimensión empírica para su concreción.

MATA Y MARTIN⁷³ señala que la problemática en los bienes jurídicos colectivos radica en la falta de precisión en la descripción del comportamiento objeto de la criminalización, pues, si el comportamiento punible se establece en relación al bien colectivo, lo crea en uno autónomo, pero defectuoso, que presenta problemas de aplicación debido al adelantamiento excesivo del momento de intervención.

LONDOÑO, a su vez, señala dos nociones de salud pública.

1. Como un bien jurídico colectivo asociado a un conjunto de condiciones que garantizan o fomentan la salud por la población.
2. Una forma de proteger un bien jurídico individual, la salud individual.⁷⁴

Quedando el asunto radicado en la independencia o no al bien jurídico individual. A nuestro parecer la indeterminabilidad inclusive del concepto, pues también es discutible el termino “supraindividual” ya que estos a nuestro parecer no se encuentran por sobre el individuo⁷⁵, y todas sus problemáticas crean posibles situaciones que podrían resultar contrarias al Estado Derecho, pues la salud publica es un motivo de criminalización que mal planteada puede Exceder el limite de varios principios del derecho penal entre ellos el de ultima ratio pues, convierte la figura típica en simples normas de infracción a un deber⁷⁶.

⁷³ MATA Y MARTIN *ibíd.*, p.82

⁷⁴ LONDOÑO *ibíd.* p 15.

⁷⁵ Ponencia BUSTOS, Juan (1986) “Los Bienes Jurídicos Colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”. Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense. Nº 11. P. 159.

⁷⁶ Derecho penal y salud publica la respuesta ante la pandemia Covid-19, en Uruguay

CAPÍTULO III
APLICACIÓN Y PERSPECTIVA CRITICA
DEL ARTICULO 318 INCISO PRIMERO

1. RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 318 INCISO PRIMERO.

1.1. Breve mención jurisprudencial de los tribunales superiores del país aplicación del artículo 318 inciso 1° a modo contextual.

Las primeras sentencias que llegaron a las cortes de apelaciones respectivas del país en el año 2020, fueron por vía de apelación de medidas cautelares personales, a fin de poder revisar los antecedentes en justificación de la existencia del delito, por vía de apelación de sentencias definitivas en procedimientos abreviados y por la vía de recurso de nulidad de sentencias definitivas dictadas en el procedimiento simplificado o juicio oral en procedimiento ordinario⁷⁷.

⁷⁷ GUERRERO, Ángel, tesis “*análisis de la aplicación del artículo 318 del código penal chileno con ocasión del covid-19*”(2021) p 5.

Lo que significo gran controversia ya que, del total de las causas apeladas en la mayoría de ellas era rechazada la pretensión del ministerio publico de aplicar el artículo 318 del Código Penal, y una minoritaria parte disponía su aplicación, en conductas como las personas que circulan en vía publica sin contar con el permiso correspondiente para trasladarse en horario de restricción, persona que circula sin mascarilla, reunión de personas que excede el aforo permitido, personas que circulan sin permiso en toque de queda, entre otras.⁷⁸.

A principios del presente año 2021 se interpuso un recursos de nulidad⁷⁹ ante la excelentísima Corte Suprema del país, en contra de la sentencia condenatoria causa RIT 133 del juzgado de garantías de Cochrane por los siguientes hechos 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 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 5,00 horas del día siguiente), sin salvoconducto que lo autorizara.

Como ya sabemos el juez de garantía condenó al imputado por infracción al articulo 318 del Código Penal. La defensa alegó la nulidad contemplada en el articulo 373 letra b del código procesal penal, en relación al art. 318 pues estima una errónea aplicación del derecho con influencias sustanciales en lo dispositivo al fallo, ya que suponen una vulneración al principio de legalidad penal (reserva legal y tipicidad art 19 N°3 inciso 8 y 9 de la constitución política de la republica además de los artículos 1 y 2 del código penal.

Además la defensa invoca la concurrencia de una inconstitucionalidad al aplicar el articulo, pues, argumenta que al ser este una ley penal en blanco en la cual su

⁷⁸ *Ibidem*. P 5,6.

⁷⁹**Corte Suprema** ROL 125436-2020 (25-03-2021)

descripción se remite a una norma de rango inferior al orden reglamentario, esta sería susceptible de nulidad.

Lo cual la Corte desestimo de inmediato pues, cuestiones de inconstitucionalidad las debe revisar el tribunal en sede competente el cual es el Tribunal Constitucional, ya que no corresponde el planteamiento a un reclamo de nulidad, magistratura que no ha declarado inconstitucional, ni inaplicable el artículo en cuestión.

Así es como vemos que la discusión se situó en la tipicidad y antijuridicidad del artículo. Principalmente como comentamos anteriormente al analizar la descripción típica la primera duda que surge es la naturaleza del peligro ya sea concreto, abstracto o una tercera posibilidad como establece la Corte de peligro hipotético o “abstracto concreto”.

La defensa asume la postura de argumentar ser este artículo un delito de peligro hipotético, lo que la Corte resuelve es, que independiente fuese un delito de peligro hipotético o incluso concreto ya que una persona sana que concurre en una infracción de las reglas de salubridad, exponiéndose al contagio generaría peligro a la salud pública.

La Corte Suprema resuelve

“DECIMO 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.

DECIMO PRIMERO 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 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. Y es además mucho más común en el día que en la noche. La infracción al toque de queda, entonces, no es per se 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.

DECIMO SEGUNDO 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.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad intentado por la defensa de Marcelo Iván Millapán Catalán, y en consecuencia se invalida la sentencia del Juzgado de Garantía de Cochran de fecha quince de septiembre de dos mil veinte, recaída en sus autos de juicio simplificado RIT 133-2020, la que se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

Se previene que el Ministro (S) Sr. Zepeda fue de opinión de señalar que no se puede extender la punibilidad interpretativamente, al estar prohibida “in malam partem”, lo que el fallo infringe al incorporar al artículo 318, una medida instrumental preventiva dada por la autoridad administrativa en relación al virus Covid 19.

En efecto, los principios y reglas constitucionales del artículo 19, número 3 de la Constitución Política de la República, recogidos en el artículo 1 del Código Penal, ordenan castigar penalmente conforme a los principios de reserva de ley, de suficiente determinación del delito, de culpabilidad, de racionalidad como manifestación del principio de igualdad, de proporcionalidad y de lesividad, los que siempre son obligatoriamente utilizables para interpretar la disposición penal, conforme a la hermenéutica establecida en el artículo 5, inciso segundo, de la Carta Fundamental.”

El presente fallo de la excelentísima Corte Suprema fue elegido para analizar debido a lo que significa, marcar un precedente en los tribunales inferiores del país debido a la jerárquica forma en la que está compuesto el poder judicial, además de significar una importante unificación del precedente respecto de causas del artículo objeto de estudio.

1.2 Breve mención a sentencia del Tribunal Constitucional respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 CP.

Debemos analizar lo que resuelve el tribunal constitucional de Chile respecto de las causas que solicitan la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, específicamente estudiaremos la causa Rol 8950-2020 del 5 de enero del 2021.

“VISTOS:

Con fecha 14 de julio de 2020, Andrea Díaz-Muñoz Bagolini, Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 2000657462-K, RIT N° 5595-2020, seguido ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

HECHOS

Según los hechos que se le imputan al señor Soto, habría sido sorprendido por Carabineros de Chile circulando en Avenida Ossa con Avenida Larraín, comuna de La Reina, el día 25 de junio de 2020, no contando con permiso temporal, infringiéndolas medidas sanitarias decretadas por el Ministerio de Salud que disponen cuarentena obligatoria, en el marco del Estado Constitucional de Catástrofe dispuesto por el Presidente de la República. Se propuso por el Ministerio Público la imposición de una multa de 6 UTM correspondientes al mes de junio de 2020.

Remitido el requerimiento en procedimiento monitorio, el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago resolvió que no estaba suficientemente fundado, por cuanto, conforme los hechos descritos por el Ministerio Público al fundar la imputación, explica la jueza requirente de inaplicabilidad “no permiten tener por configurado el ilícito en que se funda el requerimiento, atendido que no se describe por qué la conducta descrita puso en peligro la salud pública en tiempo de catástrofe, epidemia y contagio”.

Por ello se resolvió que no podía procederse en procedimiento monitorio, citando a los intervinientes a audiencia en procedimiento simplificado para el día 21 de octubre de 2020.

La requirente señala lo siguiente:

El artículo 318 del Código Penal deja el núcleo de la conducta abandonado a una regla infra legal al no indicar los datos que nos permitan desprender, de su sola lectura, los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva que se sanciona. Por ello, la doctrina destaca la incompatibilidad de esta clase de leyes con el principio nulla poena al cesar de cumplir la función de garantía en que radica su fundamento ya que el principio de reserva legal tiene por objeto primordial asegurar que los ciudadanos sepan, con tanta precisión y claridad como sea posible, cuáles son las conductas cuya ejecución u omisión, según sea el caso, trae aparejada la imposición de una pena.

...al señalar el artículo 318 del Código Penal que “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...”, se está dejando el núcleo esencial de la conducta a una norma de rango infra legal que dudosamente puede ser entendida desde su nacimiento como una que cumpla con los estándares de publicidad y conocimiento que permitan a la persona media saber con relativa certeza de su existencia y conducta prohibida que contiene.

Por lo tanto, refiere que se reconduce el núcleo esencial de la norma penal a cuerpos normativos de rango infra legal, dado el carácter del Decreto N°4 del Ministerio de Salud de 4 de febrero de 2020, con sus modificaciones incorporadas por el Decreto N°19, de 6 de junio de 2020. Siguiendo esta misma línea argumental, explica que la doctrina nacional ya ha comenzado a cuestionar la constitucionalidad de la norma impugnada. Así, se ha indicado que se trata de una norma penal en blanco propia, que necesita remitirse a otra norma para ser complementada, pero una norma penal que no tiene descrita la conducta, pues la expresión “poner en peligro la salud pública” hace referencia al resultado que se produce.

Esto es problemático, señala la Defensoría Penal Pública, ya que, consecuentemente, la conducta a la que hace referencia es indeterminada y puede tener múltiples formas en razón de los reglamentos higiénicos y sus modificaciones. Incluso, más que hablar de una norma con una conducta indeterminada, nos encontramos con una norma penal que no contiene la conducta y entrega su determinación completa a los reglamentos, que lógicamente poseen un rango inferior a la ley, y, por lo tanto, es un delito sin conducta, sin un núcleo esencial determinado por una norma de rango legal, lo cual implica vulnerar el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.”

El Ministerio Público señala

El artículo 318 del Código Penal cumple el mandato de taxatividad establecido en la Constitución. Contempla un verbo rector que consiste en la prohibición de infringir reglas higiénicas o de salubridad, poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido salud pública. Luego, la norma no sólo echa mano de esa referencia, sino que agrega dos condiciones que circunscriben el ámbito en que el injusto debe materializarse.

1. exige que se trate de reglas (higiénicas o de salubridad) debidamente publicadas por la autoridad

2. establece un ámbito acotado de aplicación de la prohibición,

Esto es, que ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con lo que queda claro que la exigencia de taxatividad está cumplida, estando la conducta está acotada y rodeada de exigencias de publicidad previstas expresamente. Hay un reenvío a las reglas que dicte la autoridad, sin embargo, el núcleo de la conducta está descrita y acotada en el precepto legal, por todos los elementos ya descritos. En ese marco, agrega que, el Ministerio Público hace alusión a diversas resoluciones exentas dictadas por el Ministerio de Salud, todas de 2020, que contienen, variadas medidas sanitarias dispuestas por la cartera del ramo en relación con el brote de Covid-19, y que corresponden a las restricciones de desplazamiento en comunas que han sido declaradas en cuarentena. Dichas resoluciones encuentran sustento en los Decretos Supremos N° 104 y 269 del Ministerio del Interior, que declaran Estado de Excepción Constitucional de catástrofe por calamidad pública en todo el territorio nacional. Estas resoluciones exentas, anota el Ministerio Público, contienen las reglas dispuestas por el Ministerio de Salud para hacer frente al virus Covid-19, y recogen medidas o disposiciones sanitarias e higiénicas establecidas en el Código Sanitario, particularmente aquellas comprendidas en su Título II artículos 20 y siguientes, donde se contienen, entre otras, las medidas de aislamiento como una forma de frenar el contagio. En razón de lo anterior, la alegación planteada de que el comportamiento incumpliría los parámetros constitucionales de taxatividad, debe ser rechazada. Finalmente, explica que la ciudadanía en general y, en particular, el imputado, conoció la prohibición consistente en desplazarse por aquellas comunas declaradas por la autoridad sanitaria en cuarentena, con el hecho de que las resoluciones exentas fueron publicadas en el Diario Oficial, pero dicha prohibición ha sido, además, transmitida a través de los medios de comunicación social como una forma de detener el contagio de la pandemia que, por lo que concretamente el desconocimiento de las reglas por falta de publicidad, debe ser desestimada.”

El tribunal considera

Primero: Que, conforme se lee en la parte expositiva de esta sentencia, en el presente requerimiento de inaplicabilidad se impugna -por el tribunal de la causa *sub lite*- la constitucionalidad del artículo 318 del Código Penal, por dos géneros de razones: una, porque constituiría una ley penal en blanco, al remitir su determinación a reglas de higiene o de salubridad adoptadas por la autoridad administrativa del ramo; la otra, porque no existiría una relación de equilibrio o proporcionalidad entre la conducta que describe y el castigo que obliga a imponer.

La norma penal objetada reza así, en su inciso primero: *“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”*

La regla administrativa que se dice infringida en el proceso penal en curso, es la contenida en la Resolución exenta N° 373, del Ministro de Salud, de 2020, donde se dispone la medida de aislamiento o cuarentena, por el período que indica, a raíz del brote mundial del virus denominado covid-19;

SEGUNDO: Que, con arreglo al quórum para decidir prescrito en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental, la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional resuelven en esta oportunidad y conforme a los antecedentes que reporta el caso concreto puesto en su conocimiento, que la aplicación del artículo 318 del Código Penal resulta inconforme con las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3, constitucionales, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de libertad.

se resuelve:

- I. Se acoge parcialmente el requerimiento deducido, por lo que se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la frase “*presidio menor en su grado mínimo a medio o*”, contenida en el artículo 318, inciso primero, del código penal, en el proceso penal ruc n° 2000657462-k, rit n° 5595-2020, seguido ante el cuarto juzgado de garantía de Santiago. oficiese.”

2. TOMA DE POSTURA

2.1 Crítica a la técnica de tipificación del artículo 318 inciso primero.

Estableciendo la política criminal como punto imprescindible en este tema la definiremos como una estrategia que desarrolla el Estado para mantener en límites razonables los delitos cometidos, permitiendo así la vida en sociedad. Al ser una actividad del Estado y este ser democrático y de derecho, el Estado es quien decide que conductas se criminalizan o previenen (manifestación de poder) y como el Estado razonablemente interviene al tipificar conductas, las cuales con ayuda de diversas áreas científicas y sociales como la sociología, derecho penal, criminología. Aporten sustentos científicos y empíricos a las decisiones estatales (manifestación de saber)⁸⁰.

Solo aquellas conductas que afecten un valor esencial para la convivencia, bienes jurídicos, y que no puedan ser evitadas por otros medios menos lesivos como primera opción que el recurso penal (*ultima ratio*), podrán ser objeto de represión, por esta vía, otorgándole legitimidad a la intervención.

⁸⁰ Rodrigo Cardozo Catedra derecho penal I Universidad de atacama (2019, Copiapó)

En nuestro país es el poder legislativo y ejecutivo son los encargados de ejercer el poder punitivo del Estado tipificando conductas que resulten lesivas o de peligrosas para los bienes jurídicos fundamentales en atención a la función protectora atribuida al sistema penal. Siempre respetando los principios limitadores del poder punitivo del Estado⁸¹. Es por ello que la política criminal esta fundamentalmente relacionada con legislación penal.

La técnica de tipificación penal es aquel procedimiento que debe utilizar el legislador para tipificar conductas que serán punibles en razón de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos fundamentales, que se pretende proteger lesionando otros, un mal menor por un bien mayor, el cual recordamos es un limite al poder de punición del Estado, es por eso que debe ser restrictivo, limitado y razonablemente utilizado, respetando los presupuestos anteriormente dichos⁸².

Los delitos de peligro como técnica de tipificación responden a los requerimientos de la sociedad actual, al otorgar una protección de los intereses , bienes jurídicos colectivos penalmente relevantes indeterminables como lo son el medio ambiente, la salud publica, entre otros. Donde no podemos determinar al sujeto “afectado” por la puesta en peligro concreto.⁸³

Es por ello que están íntimamente relacionados y cada vez se vuelven más recurrente en el derecho penal moderno la utilización de esta técnica al parecer idónea para tutelar intereses colectivos relevantes al punto de adelantar las barreras de

⁸¹ Principios de mínima intervención máximas garantías, de lesividad, humanidad, de culpabilidad, proporcionalidad, resocialización y de legalidad.

⁸²CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *ibidem* concepto de derecho penal mínimo en el cual solo están legitimadas las intervenciones de derecho penal en cuanto sirvan para proteger bienes jurídicos individuales en concreto la vida la salud la libertad y la propiedad lo que determina en metería de medio ambiente que solo se podrían proteger bienes jurídicos supraindividuales en la media que produzcan efectos jurídicos en las personas. pág. 20.

⁸³COUSO SALAS, Jaime; HERNANDEZ BASUALTO, Héctor *Código penal comentado parte especial libro II titulo IV (arts.261 a 314)* Thomson Reuters Santiago 2019 p 422

punición Estatal hasta antes, inclusive, de la lesión propiamente tal como lo es en el caso del peligro.

Sin embargo, esto no legitima su aplicación en las circunstancias anteriormente nombradas y analizadas en las jurisprudencias, en las que se sobrepasan los principios fundamentales del Derecho penal, pues ya no se estaría hablando de protección al bien jurídico, si éste Bien es inexistente, sino que, lo que resultaría lesionado vendría siendo, el motivo del legislador para criminalizar conductas que, por su mero desobedecimiento a las reglas sanitarias en este caso, son penadas con todo el rigor de la ley Penal, sin existir un verdadero contenido objeto de protección al peligro o lesión que causaría la conducta realizada, no existe antijuridicidad material, por ende no es posible configurar el injusto de esta figura.

No obstante, estas figuras perfectamente pueden ser protegidas por otro tipo de normas sancionadoras menos violentas y engorrosas de lo que significa iniciar un procedimiento penal, por personas que inclusive como revisamos en sentencias, eran Imputadas por el hecho de circular 20 minutos después de la hora permitida por calles eriazas, como autoras del delito de “Poner en peligro la salud pública”, arriesgando penas de presidio y multas millonarias por meros desobedecimientos, son situaciones irracionales e intolerables en un país democrático y de Derecho.

Esto tampoco quiere decir que nos encontremos en contra de la utilización de estas técnicas de tipificación en el Derecho Penal moderno, pues resultan bastante útiles para perseguir la responsabilidad de delitos contra el medio ambiente, donde existirían resultados desastrosos inclusive para la humanidad de no ser detenidos a tiempo, como catástrofes con la energía nuclear y sus desechos, la contaminación atmosférica por causa de minerías y termoeléctricas⁸⁴. Perseguir la responsabilidad penal en estas

⁸⁴ <https://www.terram.cl/carbon/2019/06/las-cinco-zonas-de-sacrificio-de-chile/>

malas practicas es lo que nos otorgan estas técnicas de tipificación, desde un punto de vista político criminal son totalmente necesarias.

En atención a la antijuridicidad material, esta viene a ser un punto guía o fundamental de la tipicidad formal, estableciendo los límites de la prohibición penal con base en los principios fundamentales que dan coherencia y legitiman al ordenamiento jurídico penal, pues, si la creación de la norma penal se justifica racionalmente con base en la protección de Bienes jurídicos, no es posible posteriormente descartar en la aplicación de la ley, la verificación de dicha relación de lesividad entre la conducta y el objeto protegido.⁸⁵ De lo contrario cuando el peligro pertenece al Núcleo del tipo y ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia, además de no encontrar clara fundamentación citando a BUSTOS RAMÍREZ “*es un rodeo para conducir a la incriminación de la sola desobediencia*”.⁸⁶

⁸⁵BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. *Control social y sistema penal*. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU). P 329

⁸⁶ *Ibidem*.

Conclusiones

Para concluir, como hemos visto a lo largo del trabajo los delitos de peligro en el derecho penal moderno presentan un sinnúmero de críticas en tanto a su aplicación e interpretación, siendo una técnica problemática de delimitación en lo punible. Generando amplios problemas de legitimidad debido a la imprecisión de su tipificación.

Amplios son los esfuerzos de la doctrina para dotar de legitimidad estas figuras, dentro de ellas podemos determinar a modo de conclusión de todo lo estudiado que la figura del artículo 318 inciso primero es un delito de peligro hipotético o de aptitud como lo ha determinado la jurisprudencia pues, la acción que provoque el peligro debe ser idónea para la afectación del Bien jurídico salud pública la cual consideramos no debe requerir un referente individual, pues pierde el sentido general de la figura del Bien jurídico colectivo, donde el sujeto pasivo es indeterminado donde cabe la posibilidad de terminar persiguiendo cada salud individual de cada individuo como un todo, conformando así el colectivo, deformando la figura en un posible delito de peligro concreto requiriendo la verificación del juez en el caso concreto, pues, hace referencia a una persona determinada al modo de un resultado concreto⁸⁷. Lo cual se contradice del real objetivo de los delitos de peligro abstracto, que es, la protección de los bienes jurídicos colectivos considerado el carácter indeterminado de los sujetos afectados por la puesta en peligro de multitudes “sin atender si algún bien jurídico individual ha sido concretamente lesionado por la acción delictuosa.”⁸⁸

Las posibles respuestas a modo general del actual panorama nos indican que, si la técnica de tipificación utilizada por los legisladores en el artículo 318 inciso primero del código penal fuese clara precisa sin cabida a malinterpretaciones o interpretaciones “*in malam parte*” como las había planteado el ministerio público en sus facultades de

⁸⁷COUSO, Jaime; HERNANDEZ Héctor *Código penal comentado ibídem*, p 422

⁸⁸ *Ibídem* p 421.

órgano persecutor de responsabilidad penal. No se practicarían las irregularidades de aplicación que presentaron desde la concreción de las reglas higiénicas o de salubridad en especial debido al toque de queda, donde fueron detenidas personas por infringir el toque acusadas de cometer el delito establecido en el artículo 318 inciso primero del código penal arriesgando penas de presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales. Es por ello que concluimos de forma mas precisa que:

A) La determinación del tipo de peligro en la descripción del delito.

Respecto a la disputa delito de peligro concreto/abstracto quedó establecido que no se puede determinar el peligro concreto en la conducta establecida en el tipo penal, debido al bien jurídico colectivo además de lo abstracto de su descripción, es por ello que al determinar la clase de peligro abstracto se concluye en mi opinión que pertenece a la categoría de peligro hipotético así denominada por TORIO⁸⁹, pues lo que requiere el sujeto activo “*el que pusiere en peligro*” es una conducta idónea para causar el riesgo al bien jurídico. Esta debe ser subsumibles al tipo “poner en peligro” debe ser apta para producir tal peligro al bien protegido (antijuridicidad material) y finalmente la acción debe estar en contradicción por la norma base del tipo penal (antijuridicidad formal). Lo que cumpliendo con estos requisitos le damos mayor racionalidad a la norma a mi parecer, pues, se complejiza el panorama para así poder evitar que conductas inofensivas resulten ser delictuales.

B) Perspectiva *ex ante*/ *ex post* en los delitos de peligro hipotético.

Respecto al momento en el cual el juez debe realizar el juicio de valoración en relación a la conducta tipificada en el art. 318 debemos considerar que siempre el juez como observador objetivo debe situarse en un momento con perspectiva *ex ante* al

⁸⁹ LOPEZ, Torio *ibídem*.

momento del juicio pues materialmente es imposible determinar la probabilidad del peligro abstracto en la realización de la conducta. El juez debe tener en consideración solo las circunstancias reconocibles al tiempo de la acción, prescindiendo de lo acaecido con posterioridad a esta. Por el contrario que el juez se situé en una perspectiva *ex post* para valorar la conducta que ya fue realizada, utilizando solo los parámetros definatorios del “hombre medio circunstanciado” no es coherente para la aplicación en el juicio probabilístico, es por ello que lo idóneo es realizar una valoración *ex ante* es la que se requiere para otorgar realidad al juzgamiento una vez realizado por el juez competente, de otra forma no sería válido para el ordenamiento jurídico .

C) Salud Pública Bien jurídico colectivo y su vinculación con la técnica de tipificación.

Como pudimos adelantar anteriormente la teoría que nos parece más acertada es la del bien jurídico colectivo de carácter autónomo sin referente individual que legitime su aplicación. Una posible solución a estas problemáticas planteadas, recae en el legislador como protagonista, precise lo que se entiende por salud pública en la descripción típica de la conducta a criminalizar evitando extensas malas interpretaciones del tipo cuando es impreciso sobretodo en estos amplios y controversiales conceptos.

D) El motivo legal o *ratio legis*

Es fundamental el motivo legal que llevo a la creación de la ley, la problemática que surge es, cuando se confunde con el bien jurídico protegido lo que suele suceder en la utilización de estas técnicas de tipificación y que trae consigo controversias respecto a la legalidad del mismo, pues, si una descripción típica carece de bien jurídico protegido (antijuridicidad material) no es un delito propiamente tal, sin embargo, en mi opinión hay motivos legales suficientemente importantes que merecen el carácter

fundamental como lo son los bienes jurídicos a modo de ejemplo los siempre controversiales discursos de odio que no están tipificados en Chile desgraciadamente pues estos carecen de bien jurídico en sentido material, pero lógicamente son motivo suficiente a penalizar. Finalmente la ratio legis en este caso particular del art. 318 y sus posteriores reformas indican la clara necesidad de evitar la **masiva** propagación del virus COVID19.

E) Posible inconstitucionalidad del artículo 318

Al comienzo de la investigación cabía una posibilidad respecto a la inconstitucionalidad en la aplicación del artículo para algunos pues, si la conclusión al analizar el artículo era perteneciente a una categoría de peligro abstracto puro el cual es inconstitucional en nuestro ordenamiento jurídico debido al excesivo adelantamiento de la barrera penal, era inaplicable por inconstitucionalidad y expulsado de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no ocurrió. Respecto al fallo del Tribunal constitucional se resuelve una inaplicabilidad solamente respecto a las penas señaladas en la descripción típica reformada, finalmente fundamentan la mayoría de sus ministros ser constitucional en su mayoría.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

- ALCÁCER GUIRAO, Rafaél. ¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de deber?, apuntes sobre el concepto material del delito. Barcelona, Atelier, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Santa fe de Bogotá (Colombia), Themis, 1996.
- BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. Curso de Derecho Penal, Tomo I, Parte General. 1a ed. Santiago, Editorial LexisNexis. 2005.
- BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito. 2a ed. Santiago, Editorial LexisNexis. 2007.
- COUSO, Jaime; HERNANDEZ, Héctor; BESIO, Martin; CABALLERO, Felipe; LONDOÑO, Fernando *Código penal comentado, parte especial, libro II título VI (arts. 261 a 341)*; editorial Thomson Reuters Santiago 2019
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de los tipos penales clásicos*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. 1999.
- CUGAT MAURI, Miriam, *Nuevas huidas al derecho penal y quiebra de los principios garantistas*" Universidad Autónoma de Barcelona 2004
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta. Madrid 1995
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito*, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general: Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2003.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 4º edición, Trad.: Manzanares, José, Granada (España): Comares, 1993.
- MATA Y MARTIN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica del peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (–tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico–)*. Granada, Editorial Comares. 1997.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid. 1993.
- POLITOFF LIFSCHITZ. Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia, *lecciones de derecho penal chileno parte general segunda* editorial Santiago, editorial jurídica de Chile, 2003
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales 1994.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2a ed. Madrid, Editorial Civitas S.A. 1997
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid. 1999
- SANTANA VEGA, Dulce Maria, *la protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Editorial DYKINSON Madrid 2000
- TORIO LOPEZ, Ángel, *delitos de peligro hipotético*, Valladolid, 1981.
- VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. *Delitos de peligro y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Pamplona, Thomson Aranzadi. 2007.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada editorial Comares S.L 2003

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- BALMACEDA Gustavo, *Infracción de reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con peligro para la salud pública: propuesta de interpretación* Santiago, 2020
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1986) “Los Bienes Jurídicos Colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”. *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense*. Nº 11. P. 159.
- FUENTES OSORIO, Juan.. *Formas de anticipación de la tutela penal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*. 2006. Núm. 08-08. 2006 disponible en; <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>.
- HASSEMER, Winfried. *penal simbólico y protección de bienes jurídicos* *Enero* *Nuevo Foro Pernal*, Nº 51 31 1991
- HIRSCH, Hans Joachim. *Sistemática y límites de los delitos de peligro*. *Revista Latinoamericana de Derecho*. Enero – diciembre de 2008. Núm. 9-10. Año V. disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>.
- KINDHAUSER, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*, en *InDret* Barcelona 2009.
- LONDOÑO Fernando *¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no 21.240): más micro que macro...* Barcelona, CJN 2020
- MALDONADO, Francisco. *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal*. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*. 2006. Núm. 7 disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082/0>.
- GUERRERO, Ángel, tesis “*análisis de la aplicación del artículo 318 del código penal chileno con ocasión del covid-19*” 2021.

- Historia de la ley código penal texto original 1874.
- Historia de la ley. 17.155 texto original.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo *,seguridad colectiva y peligro abstracto sobre la normativización del peligro..*

SITIOS WEB

- Disponible en <https://www.terram.cl/carbon/2019/06/las-cinco-zonas-de-sacrificio-de-chile/>
- Disponible en <https://www.who.int/es>
- Disponible en <https://www.elmostrador.cl/dia/2019/11/21/jaime-manalich-nuestro-sistema-de-salud-es-uno-de-los-mejores-y-mas-eficientes-del-planeta/>
- Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003498872015000600011
- Disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>
- Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872015000600011
- Disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>

SENTENCIA ANALIZADAS

- **Corte Suprema** ROL 125436-2020 (25-03-2021)
- **Corte de apelaciones de Rancagua** ROL N° 955-2020 (06-08-2020); ROL N° 940-2020 (05-08-2020)
- **Corte de apelaciones de san miguel** ROL N° 1798-2020(06-07-2020)

- **Corte de apelaciones de Santiago** ROL N° 3952-2020 (06-08-2020)
- **Corte de apelaciones de Valparaíso** ROL N°1638-2020(18-08-2020)
- **Corte de apelaciones de puerto Montt** ROL N° 757-2020 (02-11-2020).
- **Tribunal Constitucional** Causa Rol 8950-2020 del 5 de enero del 2021.