

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

Paz Díaz Baeza¹

Sebastián Carrazana Gálvez²

RESUMEN: El presente trabajo busca analizar las exigencias típicas del artículo 318 del Código Penal, haciendo referencia, además, al bien jurídico protegido, para determinar si la sola infracción al toque de queda puede ser constitutiva de dicho ilícito, analizando, además, el caso particular que se presenta respecto de aquellas personas que se encuentran en situación de calle.

Introducción

La situación de pandemia por propagación del Covid-19, no solo ha tenido impacto en el ámbito de la salud de las personas –con su consecencial afectación en el plano económico–, sino que, además, ha generado una serie de discusiones en el plano jurídico. Una de ellas dice relación con el alcance del artículo 318 del Código Penal³ y aquellas conductas subsumibles en dicho tipo penal, el que sanciona

¹ Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Talca. Actualmente se desempeña como defensora penal pública de primeras audiencias de Talca.

² Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Tarapacá, Máster en Derecho Constitucional Penal por la Universidad de Jaén. Actualmente se desempeña como defensor penal público de Tocopilla.

³ En adelante 318 CP o 318.

a quienes, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, pongan en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad dictadas por la autoridad.

En los diferentes actos administrativos de autoridad, dictados para efecto de controlar el avance de la pandemia, se han establecido medidas con un supuesto origen sanitario, que han limitado ciertos derechos de todos los habitantes de la República, entre ellas, la prohibición de salir a la vía pública, entre las 22:00 y 05:00 horas. Sin embargo, no resulta evidente que la sola infracción a esta prohibición, denominada coloquialmente como toque de queda, sea suficiente para poner en peligro la salud pública, enmarcándose en la figura del art. 318 CP. A su vez, revisaremos la situación particular de aquellas personas que se encuentran en situación de calle y que, en principio, no contarían siquiera con el elemento básico para dar cumplimiento a la normativa sanitaria que propugna el aislamiento diurno o nocturno, un hogar.

Breve historia del artículo 318 CP

En el párrafo XIV del Título VI del Código Penal se regulan los crímenes y simples delitos contra la salud pública. La disposición que resulta relevante para nuestro análisis es aquella prevista en el artículo 318 del Código Penal, norma que hasta el 19 de junio de 2020 rezaba en el siguiente tenor: “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 o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”. Si bien, con la dictación de la Ley 21.240 se modificó la penalidad de dicho ilícito, se aumenta la pena de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado mínimo a medio, es decir la nueva pena aplicable va desde los 61 días a 3 años y se aumenta el monto máximo de la multa, pudiendo llegar ahora de las 6 hasta las 200 unidades tributarias mensuales, empero la descripción de la conducta del tipo penal

se mantiene, advirtiendo que se debe acreditar: I. Que se ha puesto en peligro la salud pública, II. Por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, y III. En tiempo de catástrofe, epidemia o contagio. El artículo 318 del Código Penal original era del siguiente tenor: “El que infringiere las reglas higiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia o contagio, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos”, siendo modificado el texto por la Ley 17.155 de 11 de junio de 1969, describiéndose en los términos actuales.

Así las cosas, en una primera aproximación al antiguo tipo penal, es posible evidenciar que para cometer el delito en cuestión bastaba la mera desobediencia o infracción a las reglas higiénicas o de salubridad decretadas en caso de epidemia o contagio, sin hacer alusión a la lesión o peligro del bien jurídico protegido, cuya justificación podría estar dada por lo peligroso que habría resultado para la sociedad de fines del siglo XIX y principios del XX el incumplimiento de reglas de tipo sanitario, que podrían generar una diseminación incontrolable de agentes virulentos o patógenos ante una ciencia médica en incipiente desarrollo. Así las cosas, la Ley 17.155 no solo vino a reducir la extensión de la pena asignada al delito, sino que añadió un requisito elemental a la infracción a las reglas higiénicas o de salubridad, esto es, la necesidad de poner en peligro la salud pública.

Bien jurídico protegido

Como bien es reconocido por gran parte de la doctrina, una de las funciones asignadas al derecho penal es la protección de bienes jurídicos, debiendo entenderse que la intervención penal tiene como presupuesto la afectación de esa realidad. Solo en ese caso y de acuerdo con criterios de imputación jurídica de un hecho a su autor, se legitima la intromisión del *ius puniendi* estatal en la esfera de libertad de acción

del posible infractor de la ley penal.⁴ Sin embargo, el bien jurídico no solo resulta limitador del poder punitivo, sino que también se erige como un elemento de interpretación teleológica de la norma, máxime si nos enfrentamos a un derecho penal en constante expansión.

En el caso del artículo 318 CP no hay duda de que el bien jurídico protegido es la salud pública. Desde la simple lectura de la titulación del párrafo 14 toda respuesta a la interrogante sobre el bien jurídico protegido apuntará a la salud pública, siendo la determinación de lo que debemos entender por este concepto lo que genera dudas en la materia. Tal como lo recoge el profesor Londoño, al menos existen dos concepciones para entender la salud pública: ya sea como un bien jurídico colectivo asociado a un conjunto de condiciones que garantizan o fomentan la salud, o bien, como una particular forma de proteger un bien jurídico individual (salud individual), mediante la represión de la puesta en peligro de la salud de un conjunto de personas indeterminadas.⁵ El bien jurídico sería entonces la salud pública, pero entendida en referencia a la salud individual de un número indeterminadamente grande de personas.

La salud pública constituye uno de aquellos bienes jurídicos colectivos que surgen a la postre de la complejización de las relaciones sociales y del aumento de los riesgos propios de la vida en una sociedad tecnológica. Estos bienes jurídicos son protegidos mediante el recurso que se hace a los delitos de peligro, tanto concreto como abstracto.⁶ Siendo aún más extremo en su postura, Hefendehl, indica

⁴ BARRIENTOS, D. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, No. 84 (2015) p. 92.

⁵ LONDOÑO, F., en Couso/Hernandez (dir.), *Código Penal Comentado*, Art. 318, p. 418.

⁶ BARRIENTOS, D. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, No. 84 (2015), p.101.

que, ingenuamente, puede pensarse que respecto de los bienes jurídicos colectivos puede hablarse de delitos de lesión, de peligro abstracto y de peligro concreto, “pero no tardaríamos en darnos cuenta, que, esto realmente no funciona, no encaja: a través de una conducta determinada no puede afirmarse que un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta”.⁷

El bien jurídico penalmente tutelado tiene importancia en diversos ámbitos, así, conforme a la *función de criterio de medición de la pena*, la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la antijuridicidad material del hecho y, por lo tanto, constituye un factor a considerar dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede al juez en la concreta determinación de la pena,⁸ debiendo extenderse, además, a nuestro juicio, a la aplicación de medidas cautelares respecto de los infractores de la normativa sanitaria, y muy especialmente, en el caso concreto de los infractores del aislamiento nocturno.

Análisis del artículo 318 CP

Tal como fue indicado, el artículo 318, en su texto actual, requiere la presencia copulativa de tres elementos, a saber: I. Que se haya puesto en peligro la salud pública, II. Por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, y III. En tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.

En un análisis inverso, es posible advertir que el tercer elemento no ha sido puesto en duda en la crisis sanitaria actual que vive nuestro país y gran parte del mundo. Sea catalogada como contagio –conta-

⁷ HEFENDEHL, R., “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. Traducción de Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ARTÍCULOS RECPC 04-14 (2002), p. 3.

⁸ Mir Puig, citado por RETTIG, M. *Derecho Penal, Parte General* (2018), p. 74.

giarse, transmitir una enfermedad a alguien⁹ o epidemia—cuando una enfermedad contagiosa se propaga rápidamente en una población determinada, afectando simultáneamente a un gran número de personas durante un periodo de tiempo concreto—,¹⁰ cualquiera de estas hipótesis parecen correctas, siendo reforzado, además, por la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, decretado por medio del Decreto Supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, prorrogado por el Decreto Supremo N° 269 de 12 de junio de 2020.

En cuanto al segundo elemento, es decir, la infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, es posible encontrar los primeros escollos.

Tanto en la Resolución Exenta número 202 publicada el día 22 de marzo de 2020, la número 212 de 27 de marzo de 2020, su sucesora número 341 de 13 de mayo de 2020, entre otras, todas del Ministerio de Salud,¹¹ se dictaminaron una serie de medidas tendien-

⁹ <<https://dle.rae.es/contagiar#ATnH1L7>>.

¹⁰ <msf.org.ar/actualidad/que-una-pandemicual-la-diferencia-pandemia-y-epidemia>.

¹¹ **Resoluciones exentas del Ministerio de Salud:** Resolución Exenta N° 180, publicada el 17 de marzo de 2020, Resolución Exenta N° 183, publicada el 18 de marzo de 2020. Resolución Exenta N° 194, publicada el 20 de marzo de 2020. Resolución Exenta N° 200, publicada el 21 de marzo de 2020. Resolución Exenta N° 202, publicada el 22 de marzo de 2020. Resolución Exenta N° 203, publicada el 25 de marzo de 2020.

Las siguientes resoluciones exentas **complementan las anteriores:** Resolución Exenta N° 212, publicada el 28 de marzo de 2020. Resolución Exenta N° 215, publicada el 30 de marzo de 2020. Resolución Exenta N° 217, publicada el 31 de marzo de 2020. Resolución Exenta N° 236, publicada el 3 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 241, publicada el 4 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 242, publicada el 6 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 244, publicada el 7 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 247, publicada el 9 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 261, publicada el 15 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 282, publicada el 17 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 289, publicada el día 22 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 322, publicada con fecha 29 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 323, publicada con fecha 30 de abril de 2020. Resolución Exenta N° 326, publicada con fecha 5 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 327, pu-

tes a “favorecer el control de la emergencia sanitaria”, entre las que se dispuso: 1) Aislamientos o cuarentenas a poblaciones generales, 2) Cordones sanitarios, 3) Aislamientos o cuarentenas a personas determinadas, 4) Aduanas sanitarias, 5) Medidas de protección para poblaciones vulnerables, y 6) Otras medidas generales. Varias de estas reglas o instrucciones tienen un claro espíritu sanitario y cuyo respeto permite controlar la propagación del virus, tal es el caso de la cuarentena a personas contagiadas o que se encuentren a la espera de la notificación del resultado del test PCR, cordones sanitarios y aduanas sanitarias u otras medidas cuya finalidad es dar protección a aquellas personas especialmente vulnerables, sin embargo, no queda del todo claro el carácter higiénico o de salubridad que tendría la prohibición de salir a la vía pública entre las 22:00 y 05:00 horas, decretado para la población en general, y especialmente, en aquellas ciudades en que no se ha declarado cuarentena total, viéndose limitada únicamente la libertad ambulatoria nocturna.

Dicha prohibición, si bien es descrita como una medida sanitaria de aislamiento, emana de la facultad excepcional de limitar el ejercicio del derecho a locomoción (entre otros derechos que pueden verse limitados) por la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe. No obstante, dicha restricción no solo se puede establecer durante la vigencia del estado de catástrofe, en caso de calamidad pú-

blicada con fecha 7 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 334, publicada con fecha 12 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 341, publicada con fecha 13 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 347, publicada con fecha 14 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 349, publicada con fecha 15 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 357, publicada con fecha 20 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 373, publicada con fecha 22 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 396, publicada con fecha 29 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 403, publicada con fecha 30 de mayo de 2020. Resolución Exenta N° 409, publicada con fecha 3 de junio de 2020. Resolución Exenta N° 417, publicada con fecha 4 de junio de 2020 y Resolución Exenta N° 424, publicada con fecha 9 de junio de 2020. Disponibles en: <<https://www.munitaabogados.cl/en-gb/press-publications/al-indice-de-leyes-decretos-resoluciones-exentas-y-dictamenes-dictados-y-publicadas-por-la-autoridad-en-relacion-con-la-pandemia-del-covid-19/>>.

blica, sino que el artículo 43 de la Carta Magna posibilita restringir la libertad de locomoción, también, por la declaración del estado de sitio y el estado de emergencia, que poco o nada tienen que ver con una crisis sanitaria.¹² Así las cosas, la limitación que el Presidente de la República puede imponer al derecho a la libertad de locomoción, dice relación con una ordenación de la población cuando el Estado se ve enfrentado a una situación excepcional y de tal envergadura que afecte gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones.¹³

Ahora bien, otra característica de esta limitación a la libre circulación nocturna, también conocida como “toque de queda”, es que basta contar con un salvoconducto otorgado por Carabineros de Chile –pudiendo obtenerse aun remotamente a través de medios tecnológicos– para poder desplazarse en la vía pública con posterioridad a las 22:00 horas.

¹² Art. 43 de la Constitución Política de la República: “Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión”.

¹³ Art. 39 de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”.

Los salvoconductos, por su parte, se definen como instrumentos temporales que autorizan a las personas a realizar actividades fundamentales solo durante horarios de Toque de Queda. Adicionalmente, también se utilizan para el caso particular de tener que circular a través de Cordones Sanitarios.¹⁴ Este documento se ha transformado en la piedra angular de la imputación que el Ministerio Público formula a los detenidos por infringir el toque de queda, subsumiendo dicha conducta en el artículo 318 CP.¹⁵

Esto nos lleva a cuestionar la real función del aislamiento nocturno como medio para evitar el contagio del virus, pues, para obtener dicho salvoconducto basta con encontrarse dentro de alguna de las actividades que autorizan su obtención, sin que se requiera acreditar el estado de salud del sujeto, por lo que, por ejemplo, una persona contagiada, que no se encuentre diagnosticada, y que desarrolle alguna de las labores consideradas como “servicio básico” podrá movilizarse durante el horario de toque de queda.

Lo anterior nos lleva a repensar el aislamiento nocturno como una norma de salubridad o de higiene que contribuya a frenar o contener

¹⁴ <<https://comisariavirtual.cl/>>. Revisada el 17/06/2020.

¹⁵ Formulación característica de los partes policiales respecto de imputados que han incumplido el aislamiento nocturno dispuesto por la autoridad: “Que, siendo las 23:40 horas, en circunstancias que el personal antes señalado se encontraba de servicio extraordinario, en el vehículo Policial xx, efectuando un patrullaje preventivo por calle 2 Norte esquina 18 Oriente, se percatan que por dicha arteria caminaba por la acera norte en dirección al poniente, un individuo masculino de vestimentas oscuras a quien se le solicitó su SALVOCONDUCTO, quien manifestó que no contaba con dicho documento, por lo cual se le efectuó un Control de Identidad conforme al art. 12 de la Ley 20.931, siendo identificado como xx, notificándole el motivo de su detención, dándole a conocer los derechos que le asisten en el lugar de su detención. Por lo anterior se procedió a su detención, manifestándole que infringió el Art. 318 del Código Penal el que señala: “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales”. Causa RIT 6527-2020, Juzgado de Garantía de Talca.

la propagación del nuevo coronavirus, siendo, más bien, una disposición de autoridad que busca facilitar el control de la población en horas de la noche, cuando la vigilancia de las calles resulta más difícil.

Es más, el propio contenido de las resoluciones exentas impartidas por el Ministerio de Salud viene a robustecer nuestra opinión, en cuanto a que la sola incardinación de una medida en dicha normativa complementaria no la convierte, per se, en una regla sanitaria cuya infracción pueda poner en peligro la salud pública, puesto que en la resolución exenta N° 341 se han incorporado medidas administrativas y de fijación de precios que nada tienen que ver con una regulación de tipo sanitaria.

Finalmente, el tercer aspecto que recoge el tipo penal del art. 318 CP es “poner en peligro la salud pública”, elemento que se vincula, primordialmente, con la protección del bien jurídico “salud pública”. En una primera aproximación, cualquier lego en la materia responderá a la pregunta ¿cómo puedo poner en peligro la salud pública? Aludiendo a aquellas personas que se encuentren contagiadas de Covid-19, sin embargo, para dar una respuesta acorde con el estado actual del derecho penal es necesario atender a la naturaleza del delito en estudio y a la afectación del bien jurídico, como criterio legitimante del disvalor de la conducta desplegada por el agente.

Naturaleza del artículo 318 CP

No parece haber mayor discusión en torno a que el delito previsto en el artículo 318 es de aquellas figuras categorizadas como delito de peligro. Tal como lo señala Deisy Barrientos, a consecuencia de la expansión del derecho penal a nuevos espacios donde pareciera necesaria su intervención, han proliferado los bienes jurídicos colectivos, los cuales son protegidos mediante el recurso que se hace a los delitos

de peligro, tanto concreto como abstracto.¹⁶ Tal es el caso de la salud pública.

Tras el concepto de los “delitos de peligro” se engloba una categoría de descripciones típicas conformada por aquellas conductas punibles seleccionadas por el legislador no en atención a que su ejecución acarrea la lesión del bien jurídico, sino en tanto lo ponen en peligro o generan su puesta en peligro, como resultado jurídico.¹⁷

En términos generales, en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, es decir, que si no se produce el resultado, sea solo por casualidad. Por su parte, en los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro.¹⁸ Para graficar este tipo de delitos, Roxin menciona como ejemplo la conducción en estado de embriaguez. En nuestra legislación, este tipo penal también es un delito de peligro abstracto, en que, por una decisión político criminal se ha adelantado la barrera punitiva a fin de evitar la efectiva lesión a bienes jurídicos penalmente relevantes y de carácter individual, como la integridad física o incluso la vida de las personas.

Ahora bien, la tarea de determinar si el artículo 318 CP se trata de un delito de peligro concreto o abstracto es ardua, y no está exenta de discusión en la doctrina, por ello, y excediendo el objetivo de este

¹⁶ BARRIENTOS, D. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, No. 84 (2015), p. 102.

¹⁷ MALDONADO, F. “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* N° 7 (2006), p. 26.

¹⁸ ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Traducción de la 1ª edición alemana y notas por Diego Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Civitas, 1997, p. 336.

trabajo, nos limitaremos a seguir la propuesta del profesor Londoño en torno a inclinarse por reconocer una exigencia de peligro abstracto-concreto, al modo de los delitos de aptitud o idoneidad.¹⁹ Hernández, al referirse al artículo 318, indica que la salud pública cuya puesta en peligro es requerida, “no es la salud de nadie en particular”, de modo que tampoco puede probarse su puesta en peligro más allá de la prueba de la peligrosidad”.²⁰ Por tanto, el requisito de poner en peligro la salud pública no requeriría comprobar que el sujeto se encuentre efectivamente enfermo y que pudo contagiar a un tercero, sino que bastaría que la conducta o infracción de la norma sanitaria sea efectivamente peligrosa para el bien jurídico protegido.

Si bien, gran parte de la argumentación esgrimida por la defensa de los imputados en cuanto a que se declare ilegal la detención de quienes han infringido el toque de queda, se basa justamente en la discusión sobre la naturaleza del delito –si corresponde a un delito de peligro concreto o abstracto–; a nuestro juicio, lo trascendental es poder determinar si la conducta desplegada por el autor tiene una lesividad mínima que pueda afectar el bien jurídico protegido, es decir, si tiene o no *aptitud* para poner en peligro la salud pública. Y ya que esta peligrosidad o idoneidad de la conducta no ha sido establecida *ex ante* por el legislador –se ha limitado a indicar que la infracción de la norma de higiene o salubridad debe poner en peligro la salud pública–, serán los tribunales los llamados a realizar dicho juicio de *idoneidad* de forma particular en cada caso sometido a su conocimiento. Por ende, no podría considerarse igualmente lesivo el comportamiento de quien se encuentra bebiendo en una plaza pública junto a un grupo de amigos, en altas horas de la madrugada, o quien sube a un bus de la locomoción colectiva y se quita las medidas de protección sanitaria,

¹⁹ LONDOÑO, F, en Couso/Hernández (dir.), *Código Penal Comentado*, Art. 318, p. 422.

²⁰ Hernández, citado por LONDOÑO, F. en Couso/Hernández (dir.), *Código Penal Comentado*, Art. 318, p. 422.

frente al mero acto de caminar en dirección a su domicilio –lo que se puede verificar por la información contenida en el parte policial, ya que se registra el lugar de detención y el domicilio del infractor– con posterioridad a las 22:00 horas.²¹ No puede considerarse “peligroso” el mero incumplimiento de la orden de aislamiento nocturno. A todas luces parece reprochable que la finalidad del art. 318 CP sea castigar la mera desobediencia a la norma, toda vez que es necesaria la lesión o puesta en riesgo del bien penalmente tutelado.²²

Lesividad de la conducta desplegada por los infractores al toque de queda

El denominado principio de lesividad es aquel según el cual la intervención punitiva solo tiene sentido para la protección de bienes jurídicos, y en caso de que estos sean afectados, sirve de criterio de referencia material sobre el cual predicar la antijuridicidad o no de determinado comportamiento, además de ser un límite al momento de la atribución de responsabilidad.²³ Como ya ha sido expuesto, la complejidad de las relaciones sociales actuales y el aumento de los riesgos en proporción directa al desarrollo humano, ha llevado al derecho penal a intervenir en nuevas realidades merecedoras de protección, adelantando la barrera punitiva mucho antes de que se verifique algún tipo de lesión a un bien jurídico en términos individuales. Tratándose del bien jurídico colectivo de salud pública, lo que busca el legislador es proteger la salud de un número indeterminado de personas, sin

²¹ Causa RUC 2000725805-5 Tribunal de Garantía de Talca, según da cuenta el parte policial, el imputado fue detenido a las 23:35 hrs. y se deja constancia como lugar de detención: FRENTE A SU DOMICILIO. Causa RUC 2000725803-9 Tribunal de Garantía de Talca, imputado detenido a las 23:00 hrs. Lugar de detención: Calle 23 Norte con 5 1/2 Oriente. Domicilio del detenido: 23 Norte con 5 1/2 Oriente B N° xx.

²² Luzon Peña, citado en RETTIG, M. *Derecho Penal. Parte General* (2018), p. 59.

²³ BARRIENTOS, D. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, No. 84 (2015), p. 92.

consideración a la salud individual de un sujeto, empero, sigue siendo insatisfactoria la sola referencia a la peligrosidad abstracta de la conducta, siendo necesaria la aptitud o idoneidad de la puesta en peligro del bien jurídico. No resultaría lógico sancionar “la puesta en peligro de la puesta en peligro”. Tal como lo señala Hefendehl, “no podemos decir meramente que aquél que no respete los bienes jurídicos debe ser castigado. Debemos antes aclarar cuál es la conducta peligrosa que el sujeto debe realizar frente al bien jurídico protegido para que aquél sea sancionado penalmente”.²⁴

Una persona que camina sola, de regreso a su casa, con posterioridad al horario de toque de queda, respecto de quien no existe sospecha de ser Covid positivo, realiza una conducta inocua que no posee siquiera idoneidad para poner en peligro la salud pública. Es más, en muchas ocasiones se privilegia esta construcción ideal denominada salud pública, por sobre la propia salud individual de los infractores del toque de queda. Tal es el caso de personas detenidas pasadas las 22:00 horas en las cercanías de su domicilio, que son trasladadas a una comisaría o cuartel policial en donde deberá pasar cerca de 10 horas a la espera de su control de la detención –que, dada la situación de pandemia se traduce en ser puesto frente al computador para “comparecer” a la videoaudiencia de control de la detención– compartiendo su encierro en un calabozo junto a varios individuos que se encuentran en la misma situación procesal, en donde el distanciamiento físico esperado se convierte en una ilusión.

Si bien es cierto que por razones muchas veces de orden populista, el derecho penal ha ampliado sus horizontes a espacios relegados otrora al derecho administrativo y disciplinario, no es menos cierto que se debe racionalizar la intervención, que permita conservar cierta

²⁴ HEFENDEHL, R., “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. Traducción de Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ARTÍCULOS RECPC 04-14 (2002), p. 4.

proporcionalidad y congruencia conforme a las exigencias de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.²⁵

En palabras de Roxin, “En virtud de la subsidiariedad de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue”.²⁶ En este sentido, ante la mera infracción del toque de queda —de una persona sana—, y ante la duda de la naturaleza sanitaria de la misma disposición, es claramente posible echar mano de la normativa administrativa sancionadora o incluso de la falta penal prevista y castigada en el artículo 495 numeral 1° o 496 N° 1 del Código Penal. De lo contrario, sancionar con la pena prevista en el artículo 318 CP una conducta que, en principio no debería siquiera ser objeto de reproche penal, nos llevaría a castigar una mera desobediencia a la autoridad.

Para que el Derecho Penal siga manteniendo una posición social importante, debe mantener en su avance firmes y claras las estructuras que ha venido utilizando, sin acudir a bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica.²⁷

²⁵ BARRIENTOS, D. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, No. 84, (2015), p. 95.

²⁶ ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de la 1ª edición alemana y notas por Diego Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Civitas, 1997, p. 66.

²⁷ HEFENDEHL, R., “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. Traducción de Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ARTÍCULOS RECPC 04-14 (2002), p. 12.

Caso particular de las personas en situación de calle

El artículo 318 del Código Penal, en su carácter de ley penal en blanco propia, toda vez que en el contexto sanitario en el que nos encontramos se complementa con los diferentes actos administrativos de la autoridad de tipo inferiores a la ley, entre los más invocados encontramos las Resoluciones Exentas N° 203 de 25 de marzo de 2020, 217 de 30 de marzo de 2020, 341 de 13 de mayo de 2020 y sus complementos, todas del Ministerio de Salud.

Las resoluciones recién nombradas, tal como ha sido indicado previamente, disponen –en términos generales– la prohibición *a los habitantes de la República salir a la vía pública, como medida de aislamiento, entre las 22:00 y 05:00 horas; el deber de permanecer en aislamiento o cuarentena, es decir, en sus domicilios habituales; de continuar residiendo en su domicilio particular habitual.*

Más allá de cuestionar si cumple con requisitos de constitucionalidad de las leyes penales en blanco y su conocimiento por parte de los habitantes de la República, los actos administrativos, no se han pronunciado respecto de una situación de hecho que afecta a más de 20 mil personas²⁸ en nuestro país, las personas en situación de calle.

Aunque parezca una obviedad, es necesario indicar que las personas en situación de calle subsisten a la intemperie, desarrollando actividades como limpieza de vehículos, cubriendo forados en el pavimento, sacando basura y escombros desde domicilios, entre otras; las cuales le permiten obtener recursos mínimos para poder sobrevivir el día a día. Los denominados “rucos” donde pernoctan y donde guardan sus bienes materiales mínimos, están lejos de cubrir necesidades mínimas, por lo que habitualmente deben “mudarse” a otro punto donde estén mejor resguardados. Por otra parte, cabe recalcar, que

²⁸ Información obtenida desde <https://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2020/03/Carta-Humanitaria_Covid19_personas-en-situacion-de-calle.pdf>.

los motivos por los cuales están en dicha situación son variados, no distinguiendo rango etario ni sexo, y en ningún caso es una opción. En síntesis, estas personas son invisibilizadas por la sociedad y por nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco debemos obviar de que, en algunos casos, las personas en situación de calle cortaron lazos familiares y viven al margen de la sociedad y no reciben ningún tipo de ayuda por parte del Estado.

Esta situación fáctica puede acreditarse fácilmente respecto a las personas que están institucionalizadas ante el Programa Calle, que depende del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y que normalmente se ejecuta a través de municipios y gobernaciones por medio de convenios de colaboración, y que manejan catastros conocidos por los intervinientes. Pero tenemos otras personas que ni siquiera cuentan con cédula de identidad y que lisa y llanamente no desean la ayuda estatal, sea por los motivos que fuere. Entendemos que de igual manera el Ministerio Público, en virtud del principio de objetividad, debe investigar y recabar los antecedentes suficientes que conduzcan a establecer la culpabilidad de un imputado, como aquellos que puedan probar su inocencia, a través de diligencias de las policías que den cuenta si efectivamente los imputados se encuentran en una situación de precariedad.

Para efectos de un control de detención, entendemos que basta con corroborar las condiciones en las que comparece para poder presumir la situación en que se encuentra: si mantiene consigo sus enseres básicos, carga algún bolso o mochila o su sola presentación personal.

Consideramos que ante la duda de si estamos en presencia de una persona sin techo, o no, se debe aplicar la medida cautelar de citación. De otra manera, si se controla su detención, se verán infringidas sus garantías, toda vez que el ejercicio de la potestad punitiva exige que ésta se ejercite del modo más restrictivo posible, puesto que el pasar a un control de detención no es baladí y es sumamente restrictivo de

derechos, como el mantener a una persona sin alimentación por casi 23 horas.

El poder punitivo tiene límites materiales, en términos particulares. En cuanto a las personas en situación de calle entendemos que su detención y juzgamiento infringe:

a) El principio de intervención mínima, puesto que el poder punitivo debe aplicarse como herramienta de *ultima ratio*, cuando se afecte gravemente la paz social, situación que no se visibiliza con detenciones de personas que no tienen más alternativa que buscar subsistencia en las calles.

b) El principio de imputación subjetiva, se traduce en que se le pueda exigir otra conducta, entendemos que la forma en que se desarrolla socialmente no es ilícita per se, lo que se ve enlazado con el principio de responsabilidad por el hecho.

c) El principio de proporcionalidad, entendemos que si consideramos a las personas en situación de calle que transitan en la vía pública en horario de toque de queda o en zonas en cuarentena, cometiendo una conducta atípica; que si tenemos indicios que se ha detenido a una persona en situación de calle no institucionalizada, se infringe este principio, toda vez que de comprobarse sus derechos se verán afectados de forma ilegítima, sin cumplir ningún fin.

En numerosos controles de detención los imputados que se encuentran en situación de calle, y son detenidos por supuesta infracción a las reglas sanitarias del artículo 318 del CP, manifiestan que no tienen los medios para obtener un permiso o salvoconducto y que al momento de ser detenidos se encontraban realizando un trabajo informal o simplemente estaban en movimiento a causa del frío, recalcando que no pueden permanecer todo el período confinados en condiciones paupérrimas, y que buscan satisfacer necesidades mínimas, como calmar el hambre.

A la hora de controvertir la legalidad de la detención, las principales alegaciones por parte de la defensa van orientadas a discutir la falta de tipicidad, toda vez que las personas en situación de calle están en una situación de inexigibilidad de otra conducta, por no ser posible que den cabal cumplimiento a los actos administrativos de la autoridad; además, por estimar que no se está afectando el bien jurídico protegido, puesto que no se exponen antecedentes que den cuenta de contagio positivo, síntomas del virus o algún tipo de situación que cuenta de la idoneidad para poner en peligro el bien jurídico, y solo se estaría frente a un incumplimiento formal de la norma de autoridad, y solo sería mera subsunción formal de la conducta, que debe ser analizada en virtud de principios generales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, resultando imprescindible estos requisitos para que opere un derecho penal de acto y que sea compatible con la conducta del agente. En general los Juzgados de Garantía han estimado que la detención es legal, ya que que las policías han actuado dentro del marco de sus atribuciones y que los desplazamientos están restringidos, salvo quienes cuenten con la autorización correspondiente, y que las demás alegaciones corresponden a un análisis que debe reservarse para el fondo del asunto.

A estas mismas personas, una vez declarada como legal la detención, y posterior formalización, se les ha decretado cautelares de mayor intensidad como su prisión preventiva. En general, las alegaciones del Ministerio Público para acreditar los supuestos materiales de la medida cautelar, están orientadas a señalar que la conducta de los imputados es contumaz, al existir reiteración de las conductas, invocando los actos administrativos de la autoridad y los partes de detención de las policías. Para justificar la necesidad de cautela, se asevera que la conducta pone en peligro la salud pública, toda vez que se trata de un delito de peligro abstracto, se reconoce que el imputado no está en la situación de espera de PCR, no está en listado de personas de contacto estrecho y no está en los casos positivos, si fuese así sería formalizado por delito del artículo 318 bis del CP; que se debe tener

en cuenta que los casos de personas que están en estas condiciones de contagiadas está en la misma normativa y con las mismas restricciones, no pueden salir a la calle y deben estar en el domicilio, que el imputado puede ser un vector de la enfermedad, desconociendo en la actualidad quiénes están contagiados, y que la única forma de evitar la propagación del Covid-19 es a través del cumplimiento de la medida de quedarse en los domicilios; que el hecho de estar transitando en la vía pública sí constituye un peligro para la seguridad de la sociedad; que considerando el número de delitos, la gravedad del mismo, ya que es un delito contra la salud, existencia de procesos pendientes, y estando sujeto a medidas cautelares, se entiende que la única medida que tiene mérito para resguardar la seguridad de la sociedad es la prisión preventiva del imputado.

La situación en comento se revisó en causa Rol N° 311-2020 –libro penal– de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, pero más allá de su situación social, se razonó por el Tribunal de Alzada que

*“(...) considerando que en el presente caso lo imputado es sólo haber sido sorprendido en la vía pública en toque de queda y cuarentena, sin permiso para transitar, no se aprecia una situación de peligro a la salud pública que amerite aplicar la norma, por lo que en el caso concreto no resultaba posible decretar la cautelar, al no concurrir el requisito de la letra a) del artículo 140 del Código Procesal Penal, por lo que se revocará la resolución en alzada.”*²⁹

Es el Fiscal Nacional, don Jorge Abott Charme, quien con fecha 20 de junio de 2020 informa “Criterios de actuación en delitos salud pública en pandemia Covid-19 con Reforma Ley 21.240” y excluye la aplicación del tipo penal del artículo 318 del Código Penal, al sostener que

“las personas en situación de calle se encuentran imposibilitadas de cumplir con

²⁹ Considerando Quinto, sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 06 de julio de 2020. código de verificación: XQMXQFXXMP

*las medidas sanitarias, pues no poseen el presupuesto fáctico que hace posible el cumplimiento de la cuarentena: ellas no gozan de una residencia habitual. Por tal razón su desplazamiento por las zonas afectas a cuarentena constituye un hecho atípico. No obstante, lo anterior, en caso de ser alertados por la policía de una aparente flagrancia delictiva que tiene lugar bajo las anteriores circunstancias, los Fiscales deberán instruir a las policías, la coordinación con la Autoridad Sanitaria, para que ésta evalúe la necesidad de trasladar al ciudadano a alguna residencia sanitaria o informar o facilitar el acceso a algún refugio o albergue cercano”.*³⁰

Conclusiones

El artículo 318 CP en su descripción típica incluye tres elementos que deben presentarse copulativamente para que la conducta se encuadre en dicho tipo penal. Superada la exigencia de encontrarnos efectivamente en un contexto de catástrofe, pandemia o contagio, debemos dar paso a analizar si la normativa infringida es efectivamente de orden sanitario.

En este sentido, la medida de aislamiento nocturno o toque de queda se suele vincular al resguardo de la seguridad y el orden de la población, principalmente en horarios nocturnos, para minimizar los posibles disturbios emanados de la situación de excepcionalidad social que se enmarca en una emergencia o calamidad públicas, sin que exista una relación directa entre la protección de la salud pública y la limitación a la libertad de locomoción en horas de la noche. Es así como la infracción a dicha conducta podría encuadrarse en alguna de las faltas penales del artículo 495 N° 1 o 496 N° 1 del Código Penal, protegiéndose, al mismo tiempo, el principio de subsidiaridad que rige en el Derecho Penal.

³⁰ Ajuste criterios de actuación en delitos salud pública en pandemia Covid-19 con reforma Ley 21.240, Ministerio Público, 20 de junio de 2020.

Por tanto, superándose el nivel anterior, o siendo obviado por el tribunal, es menester revisar si la conducta desplegada por el agente –que se traducirá en infringir una norma sanitaria– tiene la aptitud suficiente para poner en peligro la salud pública. Así las cosas, no siendo la norma del artículo 318 CP la encargada de establecer cuál conducta será peligrosa para la salud pública, deberá ser el juez el llamado a analizar, caso a caso, si dicho acto puede poner en peligro aun mínimamente el bien jurídico colectivo de la salud pública.

Si bien, a nuestro juicio, la condición de peligrosidad de la conducta desplegada por el autor no puede basarse únicamente en la prueba de que la persona se encuentre efectivamente contagiada –situación que podría enmarcarse en la regulación del artículo 318 bis–, sino que lo relevante es analizar si aquella conducta tiene la aptitud para poner en peligro la salud pública, la conducta debe tener una lesividad mínima, superior a la mera desobediencia de un acto de autoridad, para poder ser sancionable por el artículo 318 CP.

Finalmente, cabe hacer presente que el Derecho Penal es subsidiario y, generalmente, aparece con posterioridad a la realización de una conducta rechazada o prohibida por el ordenamiento jurídico, por lo que ninguna contribución puede hacer a la batalla contra la propagación del Covid-19 o la superación de la emergencia sanitaria. El único objeto que puede tener la imputación de cualquier infracción a la normativa administrativa, como constitutiva del delito previsto en el artículo 318 CP y el correspondiente endurecimiento de las penas asignadas a éste, es que el sujeto infractor se utilice como ejemplo intimidatorio para el resto de la población, al más puro estilo de la prevención general negativa, y a su vez, se convierta en el chivo expiatorio de todos quienes han contribuido a la propagación del virus, muy posiblemente con una simple compra, reunión familiar o viaje de fin de semana, pero que para los ojos de la autoridad nunca infringieron la normativa sanitaria.

Asimismo, entendemos que el poder punitivo está sujeto a límites y su ejercicio debe obedecer a principios como el de intervención mínima y de proporcionalidad. Personas que nunca han tenido contacto con el sistema penal han sido expuestas a largas detenciones en circunstancias que pudieron quedar citadas, siendo dicha detención aun más peligrosa para efectos de contagio que la propia conducta que implicaba infringir el toque de queda. Enlazado a lo anterior, las detenciones y las imposiciones de medidas cautelares más intensas a grupos vulnerables como los “sin techo”, da cuenta de que en nuestro país se está castigando la pobreza y se está aplicando un derecho penal de autor, toda vez que se está haciendo una proyección hacia el futuro sobre posibles conductas que son inciertas. El Derecho Penal no es la respuesta para aquellos que están en una situación de precariedad y necesitan comer. El hecho de transitar en la vía pública sin un permiso o salvoconducto en busca de subsistencia, no los convierte en sujetos peligrosos per se.

Bibliografía

- BARRIENTOS, DEISY. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, No. 84, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179) enero-junio 2015 (pp. 90-135).
- HEFENDEHL, ROLAND. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. Traducción de Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ARTÍCULOS RECPC 04-14 2002 (pp. 1-13).
- LONDOÑO, FERNANDO, Art. 318, en Couso, Jaime /Hernández, Héctor (directores), *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo*. Thomson Reuters, Santiago, 2019.

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* N° 7, 2006 (pp. 23-63).

RETTIG, MAURICIO. *Derecho Penal. Parte General*, 1ª edición, Der Ediciones (2018).

ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de la 1ª edición alemana y notas por Diego Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Civitas, Madrid, España. 1997.

