

ALCANCES DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

Guillermo Rodríguez González¹

RESUMEN: Con la implementación del estado de excepción constitucional a fin de intentar controlar la expansión de la pandemia, se activó la aplicación de una norma, prácticamente olvidada dentro del Código Penal, esto es, la norma contemplada en el artículo 318, y justamente por la escasa aplicación previa existen diversas posturas en orden a qué tipo de conducta es idónea para que sea típica. No analizaremos todas las posturas, sino que propondremos una interpretación del alcance del 318.

Introducción

Con ocasión de la pandemia que enfrentamos a nivel mundial y especialmente como país, ha surgido un debate en torno al delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal. Según fuentes del Ministerio del Interior, al 23 de junio de 2020 se registraban 97.027 detenciones por infringir la cuarentena. Como se puede apreciar es un número importante de casos que están ingresando al sistema penal y por ende resulta relevante poder determinar el alcance de las figuras del artículo 318 del Código Penal.

En los controles de detención, la Defensoría Penal ha incidentado la legalidad de las detenciones, por estimar que por tratarse de un delito de peligro concreto, se requiere que los imputados se encuen-

¹ Juez del 4° Juzgado de Garantía de Santiago.

tren efectivamente contagiados, por ende, quienes no se encuentren efectivamente infectados por el virus, caerían en la falta del 496 N° 1 del Código Penal; podemos avizorar que la misma argumentación será luego replicada en aquellas causas que terminen en juicio, que dada la modificación de la Ley 21.240 al aumentar la penalidad, pueden llegar incluso a un juicio oral.

Para ello afirmaremos que los delitos de aptitud o puesta en peligro ofrecen una buena respuesta a las diferentes problemáticas que se han planteado hasta ahora, esto es, que son de peligro abstracto o concreto.

La Ley N° 21.240, publicada en el Diario Oficial el 20 de junio de 2020, introdujo modificaciones al Código Penal. En lo que atañe a la materia que nos convoca, aumenta la pena que corresponde imponer a quienes cometan el delito contemplado en el artículo 318 del citado cuerpo legal, estableciendo un margen que oscila entre presidio menor en su grado mínimo a medio (es decir desde 61 días a 3 años de presidio) o en subsidio, una multa entre 6 y 200 unidades tributarias mensuales (en el mes de julio de 2020 correspondería a una suma que oscila entre \$ 301.932 a \$ 10.064.400). Asimismo, establece agravantes especiales para este ilícito.

1. Sociedad del Riesgo

Es importante que nos coloquemos, que consideremos el momento histórico de la sociedad en que actualmente estamos, el cual se ha visto exacerbado por las emergencias de salud que enfrentamos. Lo anterior no puede sino llevarnos a considerar lo planteado por Beck, en su obra, *La Sociedad del Riesgo*² y que ha derivado en el ámbito del derecho en el denominado Derecho Penal del Riesgo.³ En el derecho penal del riesgo se observa, además, una difuminación o flexibilización

² BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

³ Sobre el concepto de la sociedad del riesgo, vid. KÜNSEMÜLLER LOEBEN-

de las categorías dogmáticas tradicionales del derecho penal liberal, de los criterios de imputación objetiva y subjetiva (por ejemplo, de la concepción de la relación de causalidad), así como de las distinciones entre consumación y formas imperfectas de ejecución, entre autoría y participación.

La sociedad actual se caracteriza por una sistemática y creciente producción de riesgos que, en tanto tales, se deben administrar. Nuestra sociedad “*en la que los avances tecnológicos son fuentes de mayores riesgos, que tienen su origen en decisiones y comportamientos humanos, para los ciudadanos*”, surge un interés general en “*la anticipación a todo peligro*”,⁴ propiciando el adelantamiento de la tutela penal en la configuración de delitos de peligro y en la expansión de la protección a bienes jurídicos de carácter colectivo. Lo anterior es relevante dada la tensión entre el derecho penal clásico minimalista y el derecho penal actual.⁵

En primer lugar, la característica principal de esta sociedad del riesgo es que el potencial de peligro actual ha cambiado en comparación con otros períodos, porque, a diferencia de los desastres naturales o las plagas que amenazan otros períodos, los nuevos peligros son, en cierto sentido, causados por personas, esto es, la propia actividad humana o las decisiones que tomamos.

Asimismo, esta actividad humana y sus consecuentes riesgos se presentan en grandes dimensiones, lo que significa que amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas, e incluso, a la existencia de la humanidad como tal, que es lo que hemos

FELDER, Carlos, “¿Tiene futuro el ‘bueno, viejo y decente derecho penal liberal’”, en VV. AA., *Nuevas Tendencias del Derecho* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2004), pp. 28-31.

⁴ FELLER, Claudio, “El Derecho Penal en la Sociedad Actual: Un Riesgo para las Garantías Penales”, *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, semestre I), pp. 45 y ss.

⁵ Ídem.

vivido como sociedad desde que se conoció la pandemia que enfrentamos, ya que, al tratarse de grandes riesgos tecnológicos, suponen posibilidades de autodestrucción colectiva.

Estos riesgos de modernización son un resultado secundario del progreso tecnológico, es decir, las actividades que inicialmente apuntan a un valor positivo tienen efectos indeseables, generalmente impredecibles. Ante estos nuevos peligros, surge el problema de la culpa y la imputación de las consecuencias indeseables, ya sea para los individuos, las empresas o las autoridades administrativas involucradas, responsabilidad que, conforme a las reglas actuales de causalidad, culpabilidad y responsabilidad, no sería posible.

La segunda característica de esta sociedad del riesgo está dada por el incremento en las interconexiones causales y su desconocimiento o las dificultades en su aclaración, que determina que la responsabilidad se desdibuje cada vez más; piénsese en el énfasis que ha tenido hoy en día como forma de contención de la pandemia, entre otras, la restricción de la libertad ambulatoria como forma de evitar o prevenir los contagios, y su falta de trazabilidad.

El tercero es la creciente sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros, que existe incluso cuando dichos peligros no sean reales. Ello hace que los ciudadanos reclamen cada vez más del Estado, la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad.

Hoy en día podemos constatar que el derecho penal actual es un derecho que se encuentra en constante expansión,⁶⁻⁷ y ello como respuesta a esta sociedad del riesgo, de manera que lo que viene en

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer S. L.-B de f, 2011.

⁷ En relación a las distintas posturas frente al fenómeno de expansión, ver FELLER, Claudio, "El Derecho Penal en la Sociedad Actual: Un Riesgo para las Garantías Penales", *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, semestre I), p. 45.

calificarse como expansión del derecho penal, se vincula básicamente a su utilización para defender a la sociedad moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era posindustrial. Nuevos peligros o riesgos respecto de los que deben tenerse en cuenta dos extremos: uno, que aunque ciertamente comportan efectos negativos, resultan altamente beneficiosos tanto para las personas individualmente consideradas como para la colectividad en su conjunto; y otro, que los mismos acechan, de una parte, a bienes jurídicos de carácter supra-individual.

Como indica Maldonado:

*“En síntesis, se pretende que la intervención penal alcance estándares directos de prevención efectiva o real del delito. Dicha pretensión es evidente tras las razones que en la mayoría de los casos concurren a la aprobación de un delito de peligro, a la fijación de formas comisivas de un delito denominado de emprendimiento o a la consagración de espaciales o particulares instancias de sanción de actos ejecutivos previos a la consumación. Pero desde este punto de vista también se puede predicar de un desproporcionado tratamiento penológico, en cuanto vaya motivado por la pretensión de evitar la comisión de futuros delitos”.*⁸

2. Bien Jurídico

El Código Penal en su Libro Segundo, Título VI, párrafo 14 contempla determinados “*crímenes y simples delitos contra la salud pública*”, relativos al ejercicio ilegal de las profesiones médicas, el expendio de sustancias nocivas, el envenenamiento de aguas y de comestibles; es decir, contiene una referencia directa al bien jurídico tutelado, que en estos casos es la salud pública.

Específicamente, analizaremos la figura contemplada en el artículo 31. Existe consenso en la doctrina que el bien jurídico protegido

⁸ MALDONADO, Francisco, “Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 21, Año 2014, p. 1.

es la salud pública, pero sin un mayor desarrollo de la idea. Como concepto tendremos presente la definición dada por Doval “condición básica de posibilidad para una vida humana digna y para el desarrollo de los ciudadanos a través del ejercicio de los derechos y libertades que les son reconocidos constitucionalmente”.⁹ La salud pública que protege el derecho penal no consiste únicamente en la salud física de los ciudadanos que componen la colectividad, sino que abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida ésta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e independiente.¹⁰ Así las cosas, la salud pública podemos entenderla como un bien colectivo, autónomo e independiente, no equiparándose a las saludes individuales, sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud.¹¹

Ahora, este bien jurídico de carácter colectivo, entendiendo por tal aquello que “no guarda relación con la titularidad del bien jurídico, sino más bien con la afección plural e indeterminada [de la salud o de la vida individuales] a que dan lugar estas figuras delictivas”.¹² Se trataría de la protección no de un bien jurídico distinto al de la salud individual de las personas, sino del amparo de ese mismo bien jurídico con una estrategia normativa distinta, sancionando determinados ataques, pero al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud, cuestión que ha quedado en evidencia con la epidemia del Covid-19. En este sentido, debe insistirse en que la característica fundamental consiste en suponer un peligro general

⁹ DOVAL Pais, A., *Delitos de fraude alimentario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 239 ss.

¹⁰ GANZENMULLER, Carlos; FRIGOLA, Joaquín y ESCUDERO, José Francisco. *Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A. 1997, pp. 68 y 69.

¹¹ DÍAZ- MAROTO, Julio. “Los llamados fraudes alimentarios y el Código Penal”. *Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, N° 69, 2010, p. 53.

¹² Idem, ob. cit., en N° 35, p.166.

para la salud, o lo que es lo mismo, no un peligro para una concreta persona, sino un riesgo de general proyección para los ciudadanos; estaríamos en presencia, por tanto, de un objeto de protección colectivo vinculado a intereses individuales.

En general, en los delitos contra la salud pública, lo que se busca por parte del legislador es evitar peligros en la salud de quien no quiere sufrirlos; así, la cuarentena decretada en este estado de excepción constitucional busca evitar el contagio masivo de la población, como una medida de carácter profiláctico. Como indica la Fundación Espacio Público en su informe de día 1 de junio de 2020:

“En la lucha contra la epidemia, uno de los principales escollos que enfrentamos en Santiago es la insuficiente reducción de la movilidad, es decir, del número de viajes que realiza la gente. Los indicadores que existen para la Región Metropolitana muestran que los niveles de movilidad están altos y, peor aún, en lugar de bajar están subiendo (ver informe ISCI). De seguir así, la circulación del virus no va a remitir y seguiremos a esta media máquina que atenta contra la salud de las personas y también contra su sustento económico, porque mientras más dure esta cuarentena a medias, más se va a deteriorar la economía y el trabajo. Nuestra meta debería ser una reducción de alrededor del 60 %. Hay ejemplos exitosos en Latinoamérica, como Montevideo con 60 % al 9 de abril, Buenos Aires con 65 % al 31 de marzo, Bogotá con 63 % al 9 de abril, Asunción con un 64 % al 26 de marzo (ver indicador comparable en el mapa interactivo del PNUD) 1. En la RM, la máxima reducción encontrada, según esta fuente de información, también considerando solo días de semana, fue de 48% al 22 de mayo.”¹³

Los rasgos más relevantes de este delito y aquellos regulados en el párrafo 14, ello por cuanto nos será de utilidad en orden a determinar de qué forma se ha tutelado o protegido la salud pública, son los siguientes.

¹³ <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2020/06/CoVidChile1706_vf2.pdf>, visitado en julio de 2020.

El primero de ellos tiene que ver con la configuración de los tipos delictivos, dado que el Código Penal, habida cuenta de los intereses en juego, adopta en esta materia un adelantamiento de las barreras de protección al momento mismo en que se origina el peligro para el bien jurídico, o en el que surge la conducta peligrosa, anticipando, así, la consumación del delito a fin de evitar que la efectiva lesión del objeto de tutela llegue a verificarse. Se estructuran, en fin, de este modo, la mayoría de los tipos relativos a la salud pública como delitos de peligro; ya analizaremos en específico qué tipo de delito peligro es el 318.

La segunda característica es el adelantamiento o anticipación de las barreras punitivas, mediante el recurso a la técnica de los delitos de peligro, que responde, según se acaba de señalar, a la entidad del bien jurídico en cuanto que la protección penal no va dirigida a impedir, en primera línea, que emerja el peligro de destrucción o menoscabo de la salud de un concreto miembro de la comunidad, sino la salud de todos o parte de los que la componen. De esta manera, una característica dogmática de esta clase de delitos consiste en que los mismos aparecen estructurados como delitos de peligro común, delitos en los que el peligro se da para un conjunto de personas, o bien, cuando se trate solo de una persona, que ésta no se vea afectada de un modo individualizado (como 'esa' determinada persona), sino que lo sea en cuanto parte de una generalidad indeterminada.

Por último, la salud pública es un bien jurídico de carácter colectivo. Los bienes jurídicos colectivos se distinguen de los bienes jurídicos individuales porque constituyen bienes que están en función de todos los miembros de la sociedad o de un colectivo, y no solo respecto del individuo o de una mera sumatoria de sujetos interesados. A su vez, el bien jurídico colectivo está en directa consideración a cada uno de los miembros de la sociedad, ya que con el término colectivo se pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral y la parcialidad en la protección. No se busca significar con ello la existencia de una razón superior al individuo —sea social, estatal o de seguridad— al cual este quede sometido. Por el contrario, de lo que se trata es de atender

materialmente las necesidades del individuo para que la protección a bienes individuales, como su vida, su salud o su libertad, adquieran un sentido material y no reaparezca –por la inercia del funcionamiento de la sociedad donde está inserto– una formalización de tales protecciones.

No podemos desconocer que el derecho penal, en un inicio, fue instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales. Ello no implicó que se limitara la tutela solo a ellos, por el contrario, también protegió una tercera clase de bienes, a saber, los bienes colectivos. En tal sentido, estos últimos no son del todo nuevos en la teoría del delito, ya que están vinculados al concepto de bien jurídico y su reconocimiento ha sido estable dentro de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia. Los bienes jurídicos colectivos propiamente tales “*son aquellos que no pueden ser reconducibles a individuos determinados, ya que sirven a los intereses de muchas personas o a aquellos intereses que son relevantes para el funcionamiento de la estructura social*”.¹⁴⁻¹⁵

Sin ser el objeto del presente trabajo y muy sucintamente, podemos señalar que para poder diferenciar entre un bien jurídico individual y uno colectivo debemos atender a una serie de criterios; el primero de ellos es la no distributividad, conforme a la cual será un bien colectivo, si no es posible dividirlo ya sea conceptual, real o jurídicamente en partes y asignárselas a individuos.¹⁶ El segundo criterio

¹⁴ Ídem.

¹⁵ PRADO Gabriel y DURANI, Mario, “Sobre la Evolución de la Protección Penal de los Bienes Jurídicos Supraindividuales. Precisiones y Limitaciones Previas para una Propuesta de Protección Penal del Orden Público Económico en Chile”. *RDUCN* [online]. 2017, vol. 24, n. 1 [citado 2020-07-01], pp.263-295. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v24n1/0718-9753-rducn-24-01-00263.pdf>>.

¹⁶ HEFENDEHL, Roland. “El Bien Jurídico como eje material de la norma penal”. En: *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid-Barcelona. Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2007, p. 189.

diferenciador es el de la no exclusión (nadie puede ser excluido de su uso), y el tercero consiste en la no rivalidad en el consumo.¹⁷

3. Delitos de peligro

Una de las medidas tomadas últimamente, a fin de evitar lagunas de punibilidad que han adoptado las legislaciones penales, es la utilización de los denominados delitos de peligro, que se traduce en la práctica en un adelantamiento punitivo, sancionando conductas en etapas previas a la lesión del bien jurídico. Ahora, dicha herramienta es propia del Estado Social y Democrático de Derecho y, por ende, no es per se una institución lesionadora de los derechos de los ciudadanos.¹⁸ Así, se ha hecho corriente la clasificación de los tipos penales en orden a la lesión al bien jurídico, en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo estos últimos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.¹⁹ Hassemmer propugna una reducción del Derecho Penal a su núcleo central caracterizado por la protección de los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo. Los delitos deberían ser básicamente delitos de lesión y, solo de modo excepcional, delitos de peligro (delitos de incendio, de asociaciones ilícitas, delitos contra la seguridad del Estado). Los bienes jurídicos colectivos deberían ser reducidos al mínimo, ser descritos con la mayor precisión posible y ser interpretados en función de la protección de los bienes jurídicos individuales (teoría de la concepción personal de los bienes jurídicos).

¹⁷ *Ibíd.*, p. 188.

¹⁸ PRADO Gabriel y DURANI, Mario, “Sobre la Evolución de la Protección Penal de los Bienes Jurídicos Supraindividuales. Precisiones y Limitaciones Previas para una Propuesta de Protección Penal del Orden Público Económico en Chile”. RDUCN [online]. 2017, vol. 24, n. 1 [citado 2020-07-01], pp. 265. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v24n1/0718-9753-rducn-24-01-00263.pdf>>.

¹⁹ Sobre críticas a los delitos de peligro, Winfried HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, trad. de Elena Larrauri, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, fasc. 1º, pp. 235 y ss.

A efectos prácticos y, basándonos en Soler,²⁰ diremos que peligro es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso, denominándose peligro abstracto al peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios. Para formular una incriminación de ese tipo, el derecho se basa en reglas constantes de experiencia. En las figuras de peligro abstracto, el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos.²¹

Los llamados delitos de peligro corresponden a una categoría de tipos penales en oposición a los llamados delitos de lesión, siendo la lesividad o afectación a un bien jurídico el elemento diferenciador. Así, los delitos de peligro se los ha entendido como delitos cuyo centro radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico. Sin embargo, en ocasiones, dicha consecuencia (el riesgo) pasa a ser presumida por el legislador ya sea por dificultades referidas a la acreditación de un vínculo de imputación entre éste y la conducta a incriminar o por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos, dando con ello lugar a los tradicionalmente llamados delitos de peligro abstracto. Estos últimos, por ello, aparecen generalmente descritos como fórmulas de mera actividad, y no de resultado, en tanto el peligro (como consecuencia o, más propiamente, como resultado jurídico) ha sido la *ratio* o motivo del legislador.²² Por otra parte, el profesor Kindhäuser, propone reconocer en el peligro abstracto una clase de menoscabo

²⁰ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1986, Tomo IV, p. 562.

²¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 1999, p. 404.

²² CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed. ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 292; BULLEMORE, Vivian / MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, tomo II, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, p. 16; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 213.

o variante de afectación sui géneris de bienes jurídicos,²³ sean estos individuales o colectivos.

4. Otra categoría

Ahora bien, dentro de la categoría de delitos de peligro, la doctrina habla de una tercera categoría o categoría intermedia, los denominados delitos de aptitud, peligro hipotético o idoneidad, como categoría²⁴ dentro de los delitos de peligro, o bien, como una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto.²⁵ Esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez.²⁶ Mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento «idóneo» para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha «idoneidad» un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente. Como indica Morales, *“el tipo de peligro hipotético no describe tan solo acciones que, con carácter general, se presumen peligrosas para los bienes jurídicos según un juicio proporcionado por*

²³ KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, Trad.: Pastor Muñoz, Nuria, InDret: *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1 (2009), pp. 1-19, pp. 10-11.

²⁴ Los autores que sostienen que este tipo de delitos constituyen otra categoría son: Schröder los denomina delitos de peligro abstracto-concreto; Hoyer sostiene que configuran una tercera categoría y los llama delitos de aptitud; Frisch expresa que son una categoría que debería reemplazar la de peligro abstracto; Torio López entiende que son una tercera categoría, y los denomina delitos de peligro hipotético; J. M.^a Escrivá Gregori, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 31-32.

²⁵ Roxin entiende que no existen como tales, sino que forman parte de los delitos de peligro abstracto; De la Cuesta Aguado los distingue de los de peligro abstracto y los denomina de peligro hipotético o de idoneidad, por oposición a los delitos de peligro abstracto meramente formales; Maldonado Fuentes concluye que son una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto.

²⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 111.

*la experiencia, a diferencia de cuanto acontece con los delitos de peligro abstracto stricto sensu [...] ... el legislador no se limita a describir una acción generalmente peligrosa según la experiencia, pero tampoco exige la concurrencia de un plus a la acción típica, centrado en la concurrencia de un resultado de peligro concreto para el bien jurídico».*²⁷ Ahora bien, esta categoría de delitos ha sido reconocida por la jurisprudencia española, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo Español de 2 de noviembre de 2004, confirma tajantemente que «De acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala el tipo penal del denominado delito ecológico participa de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto-concreto, de peligro hipotético o potencial en lo que lo característico es la aptitud de la conducta realizada para producir el peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales. En otras palabras, no es precisa la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción, por lo que no es preciso comprobar la efectiva producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada» (FJ 6º).

El concepto de peligro, como indicamos previamente, es siempre un concepto normativo. Lo es en la medida en que se tienen en cuenta, en el juicio de peligro, las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y la experiencia común de la época sobre los cursos causales. No es posible fijar estos niveles de conocimiento sin un juicio de valor acerca de lo que se puede exigir a los que realicen una determinada actividad en la vida social. Pero, además, la determinación del grado de posibilidad, desde el punto de vista *ex ante*, de la producción del resultado delictivo necesaria para la apreciación de la peligrosidad de la acción, o de la producción de un resultado de peligro, solo puede realizarse mediante un juicio de

²⁷ MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en Valle Muñiz, J. M.^a (coord.), *Protección jurídica del medio ambiente*, Ed. Aranzadi (Pamplona, 1997), p. 245.

valor, en estrecha relación con la concepción de lo injusto que inspire el Código y consideraciones político-criminales.

Parece importante al momento de analizar la conducta en concreto, tener en consideración que el peligro en el caso específico del artículo 318, esto es, infringir la cuarentena, es de carácter acumulativo, donde surge la noción del actor colectivo,²⁸ ya no meramente individual, pues se establece como potencial destructor de un bien jurídico valioso para la vida en sociedad, a un conjunto de esa misma sociedad, o a la sociedad en su conjunto, lo que proyecta una responsabilidad colectiva o vicarial, en que se pretende atribuir la responsabilidad por los grandes riesgos globales reorientados a acciones que podríamos denominar mínimas (en principio), dado que tales daños de conjunto se producen como causa de una suma o acumulación de varios actos individuales.²⁹

Lo que hay detrás de esta idea de acumulación es tipificar comportamientos individuales que no pueden considerarse por sí mismos lesivos del bien jurídico que se trata de proteger, teniendo en cuenta la existencia de una posibilidad, más o menos amplia, pero siempre hipotética, de que tal conducta pueda ser realizada, a futuro, por otras personas, llegándose a una situación (ahora sí) peligrosa para dicho bien jurídico. Se trata, en puridad, de un adelanto extremo de las barreras punitivas: se conmina al agente individual con una sanción penal que responde ya no solo a su actuación individual, que por sí no es lesiva ni efectivamente peligrosa respecto a un determinado bien jurídico, teniendo en cuenta la posibilidad futura de que otras personas repitan dicha conducta, lo que (ahora sí) conduciría a una efectiva puesta en peligro o total destrucción de dicho bien jurídico protegido.

²⁸ TRUCCONE BORGOGNO, S.: «Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo», en *Revista de Derecho Ambiental* de la Universidad de Palermo, año II, n° 2, noviembre de 2013, p. 62.

²⁹ ALCÁCER GUIRAO, R.: «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 4, 2002, p. 8.

Como señala Hefendehl cuando apunta que

*«el Derecho Penal debe quizá ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos [...]. Si desde una industria situada en la costa se arrojan un día determinado los vertidos generados al mar, no se producirán en la mayoría de los casos los efectos contaminantes en el mismo momento del vertido puesto que los desechos industriales podrán ser relativamente asimilados por el agua sin causar un grave perjuicio. El verdadero problema vendrá en el futuro, es decir, en el caso hipotético de que todas o la mayoría de las instalaciones o fábricas cercanas hiciesen lo mismo o esta conducta se convirtiese en regla para la industria costera de una zona. Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar a posteriori ante errores, omisiones o catástrofes del presente».*³⁰

Conclusión

Entonces, podemos decir que la contribución de esta categoría radica en la introducción de un elemento normativo en el tipo objetivo, esto es la idoneidad del comportamiento, apto para poner en peligro el bien jurídico. De lo que trata es de sancionar la ejecución de una conducta, que en el caso concreto suponía para el actor, y para cualquiera en su lugar, una puesta en peligro para el bien jurídico, ya sea analizada la conducta de manera individual o la reiteración de la misma, con independencia del resultado que derive de un juicio ex post y aun cuando se acredite que este no concurría.

Así las cosas, lo que corresponde considerar es si en el caso concreto la conducta desplegada por la persona que infringe la cuarentena es una conducta idónea para afectar el bien jurídico salud, y no me

³⁰ HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 19, 2001, p. 151.

refiero a si la persona conocía o no de su positividad, ya que dicha hipótesis, luego de la reforma, se encuentra cubierta o regulada por el artículo 318 bis del Código Penal. Con la experiencia hasta ahora acumulada, parece que la restricción a la libertad ambulatoria es un medio idóneo para controlar la pandemia, de modo que, *a contrario sensu*, la libre circulación ambulatoria sin restricciones ha incidido en el aumento de contagios, por ende, la infracción a la cuarentena es una conducta capaz por sí sola de poner en riesgo el bien jurídico salud pública, tal como lo ha sostenido Espacio Público en diversos informes,³¹ no es, además, una acción aisladamente considerada como idónea para afectar el bien jurídico, sino que, además, debe considerar la acumulación de dicha conducta.

Así las cosas, la discusión debe centrarse en la conducta específica realizada por el imputado y, por ende, sobre ello debe recaer la prueba, resultando irrelevante el eventual contagio de éste. No es solo la contravención a la norma, es la conducta en concreto como idónea para poner en riesgo la salud pública en ese momento determinado.

Biografía

ALCÁCER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 4, 2002.

BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998.

BULLEMORE, VIVIAN y MACKINNON, JOHN. *Curso de Derecho Penal*. Editorial LexisNexis, tomo II, Santiago, 2005.

CURY URZÚA, ENRIQUE: *Derecho Penal, Parte General*. Universidad Católica de Chile, Santiago, 7ª edición ampliada, 2005.

DÍAZ-MAROTO, JULIO. “Los llamados fraudes alimentarios y el Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, N° 69, 2010.

³¹ <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2020/06/CovidChile2606_2.pdf>.

- DOVAL PAIS, A. *Delitos de fraude alimentario*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- FELLER, CLAUDIO, “El Derecho Penal en la Sociedad Actual: Un Riesgo para las Garantías Penales”, en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, 2005.
- GANZENMULLER, CARLOS; FRIGOLA, JOAQUÍN y ESCUDERO, JOSÉ FRANCISCO. *Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1997.
- HASSEMER, WINFRIED. “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, trad. de Elena Larrauri, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992.
- HEFENDEHL, ROLAND. “El Bien Jurídico como eje material de la norma penal”. En *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- HEFENDEHL, ROLAND. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 19, 2001.
- KINDHÄUSER, URS, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, Trad.: Pastor Muñoz, Nuria, en *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1 (2009).
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS. “¿Tiene futuro el ‘bueno, viejo y decente derecho penal liberal’”, en VV. AA., *Nuevas Tendencias del Derecho*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- MALDONADO, FRANCISCO, “Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 21, Año 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *Derecho Penal Económico, Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- PRADO GABRIEL y DURANI, MARIO. “Sobre la Evolución de la Protección Penal de los Bienes Jurídicos Supraindividuales. Precisiones y Limitaciones Previas para una Propuesta de Protección Penal del Orden

Público Económico en Chile”, en *RDUCN* [online]. 2017, vol. 24, n. 1. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v24n1/0718-9753-rducn-24-01-00263.pdf>>.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Edisofer S. L.-B de f, 2011.

SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal*. Ed. TEA, Buenos Aires, 1986, tomo IV.

TRUCCONE BORGOGNO, S. “Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo”, en *Revista de Derecho Ambiental* de la Universidad de Palermo, año II, n° 2, noviembre de 2013.

