

El peligro a modo de desvinculación: Una perspectiva más allá del binomio abstracto/concreto en el artículo 318 del Código Penal chileno

*Danger as a means of dissociation: A perspective beyond
the abstract/concrete binomial in article 318
of the Chilean Penal Code*

CATALINA DE LOS ANGELES SIERRA CAMPOS¹ 

RESUMEN

Este trabajo pretende aportar un análisis aproximativo a los fundamentos dogmáticos de los delitos contra la salud pública y a la problemática que ha suscitado la interpretación del delito contenido en el artículo 318 del Código Penal chileno. En pandemia, la salud pública se ha convertido en un foco de atención, tanto en el plano legislativo como judicial. Por esto, en este artículo se desarrollarán sucintamente las bases de comprensión de la salud pública como bien jurídico protegido, así como la discusión dogmática en torno al binomio de peligro abstracto/concreto que caracterizaría al tipo penal para, finalmente, proponer un modelo alternativo de interpretación.

Palabras Clave: Salud pública, bienes jurídicos supraindividuales, delitos de peligro.

ABSTRACT

This paper aims to provide an approximate analysis of the dogmatic foundations of crimes against public health, and the problems that have raised the interpretation of the crime contained in Article 318 of the Chilean Penal Code. In the current pandemic situation, public health has become a focus of attention, both at the legislative and judicial level. Therefore, this article will succinctly develop the basis for understanding public health as a protected legal good, as well as the dogmatic discussion around the binomial of abstract / concrete danger that would characterize the criminal type. Finally, an alternative model of interpretation will be proposed.

Keywords: Public health, supra-individual legal property, crimes of danger.

¹ Abogada. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y Universitat Pompeu Fabra. Estudiante del Doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes, Chile. La autora es beneficiaria de la Beca Arancel para sus estudios doctorales, otorgada por la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: cdsierra1@miuandes.cl.

1. Introducción

La pandemia ha dado lugar a una discusión dogmática del artículo 318 del Código Penal chileno, que incluso motivó una reforma legislativa que modificó esta norma e integró los artículos 318 bis y ter. La discusión se centra en el cuestionamiento de la categoría de delito abstracto en el tipo penal, que se propone proteger la salud pública de la propagación de agentes patológicos como está sucediendo con el virus SARS-CoV-2, no solo en Chile sino a nivel mundial.

En vista de ello, es determinante volver sobre los elementos principales del bien jurídico de salud pública. Un asentamiento de las bases conceptuales permitirá comprender de mejor manera los fundamentos de su protección jurídica y cómo se ha desempeñado esta tarea por el órgano legislativo. Este ejercicio retrospectivo es una herramienta para comprender el espíritu de la ley en vista de una correcta interpretación de la norma y, sobre todo, de fundar una visión crítica de las reformas integradas por la Ley 20.240.

El razonamiento en torno al rol que desempeña la salud pública en el ordenamiento jurídico penal opera en dos oportunidades en los delitos de peligro abstracto. Una primera aproximación se observa en el adelantamiento de las barreras punitivas. En ese sentido, se da lugar a un delito de acumulación en aquellos supuestos en que la infracción colectiva del tipo penal conduce a una puesta de riesgo colectiva que será grave para el conjunto social.

Luego, una segunda aproximación a esta categoría tiene lugar cuando opera con posterioridad a la verificación de la concreta lesión de un bien jurídico. En estos casos, constituye una versión morigerada en los delitos de peligro abstracto para calificar la conducta en términos de antijuridicidad. Pero, a diferencia de la primera versión, se tendrá en consideración no solo una infracción del estatuto abstracto de una norma sanitaria, sino también los efectos concretos que produce esta infracción. Esta última formulación se puede observar en la consagración positiva del artículo 318 del Código Penal chileno.

Cabe señalar que, en la doctrina chilena, la discusión sobre las categorías de delitos de peligro abstracto y peligro concreto ha tenido de protagonista no solo el artículo 318 del Código Penal, sino que también se ha desarrollado importante literatura en torno a la Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Sin embargo, dejaremos fuera de este trabajo la problemática del delito de tráfico, pues es una temática que va más allá del espectro de esta investigación enfocada al contexto actual de pandemia.

2. Peligro como riesgo no permitido

A comienzos de este siglo, se planteó el concepto de «sociedad de riesgos». Este fue presentado por el sociólogo Ulrich Beck para referirse a una sociedad en la que el desarrollo de la industria —que fue la respuesta a varias problemáticas económicas y sociales— lamentablemente arrasó con todo a su paso en beneficio del desarrollo económico.² El trabajo de este sociólogo alemán enuncia que la modernización y

² Beck (1986, p. 29) señaló que: «con el reparto y el incremento de los riesgos, surgen *situaciones sociales de peligro*. [...] Y esto no solo en tanto peligros para la salud, sino también en tanto peligros para la legitimación, la propiedad y la ganancia: al reconocimiento social de los riesgos de la modernización van unidas desvalorizaciones y expropiaciones ecológicas que se encuentran en contradicción sistemáticamente con los intereses de ganancia y de propiedad que impulsan el proceso de industrialización».

sus beneficios han venido de la mano con el condicionamiento a un constante riesgo; y enfatiza en la gran afectación de la naturaleza como consecuencia del proceso de desarrollo industrial y tecnológico.³

En este contexto pareciera ser que el proceso de modernización no debe ser abrazado ciegamente. Pues, así como ha brindado innumerables beneficios a la humanidad, también ha servido de plataforma para el desarrollo de prácticas que han complejizado la dinámica de convivencia. Es patente que el estilo de vida acelerado expone a las personas a una constante entrega de información y, con ello, las acerca a mayores riesgos.⁴

Si bien el derecho penal tiene un propósito de resguardo, las situaciones de riesgo no son susceptibles de ser contempladas por la ley penal en su totalidad, aun en consideración de que el derecho penal moderno se ha caracterizado por extender su protección a «tanto y a tantos bienes jurídicos que puede resultar extraño encontrar un área exenta de la intervención penal anticipada».⁵ Un objetivo de esa naturaleza se convierte irremediamente en una empresa imposible, y esto es asumido por el derecho al reconocer que existen riesgos que están permitidos. Estos no son los casos que interesa analizar en este trabajo investigativo, pues ese margen de riesgo es necesario para el continuo desarrollo de la sociedad y el foco de atención deja de estar en el peligro, sino en el cumplimiento o no de normas más bien de tipo administrativas.⁶

De este modo, el derecho penal se concentra especialmente en aquellos casos en los que no existe este margen de adecuación a la peligrosidad de ciertas circunstancias. Esto es, casos en los que la protección de intereses sociales frente a fuentes de peligro se vuelve esencial para el continuo desarrollo de las personas. Este es el escenario que se vive actualmente por la propagación del virus SARS-CoV-2, en el que la salud pública ha captado todos los esfuerzos de protección. Jurídicamente, si bien el artículo 318 del Código Penal estaba vigente antes de esta situación, fue decisión del legislador integrar reformas para robustecer la protección del bien jurídico en cuestión a través de la Ley 21.240.⁷

Esta ley es un reflejo del ejercicio del derecho penal moderno, que supera la noción clásica del derecho penal —caracterizada por la existencia de los delitos de lesión— para dar espacio a un adelantamiento de las barreras punitivas en casos de peligro. Pues bien, existen conductas que, en el momento de su ejecución, no producen una lesión a un bien jurídico individual. Más bien, surge una constelación de casos que han sido organizados dogmáticamente en dos variantes: en la primera, la conducta ejecutada provoca un riesgo de peligro que tendrá consecuencias lesivas en el futuro a partir de la reiteración de la conducta. En otras palabras, la lesión se genera tras un efecto acumulativo de la conducta dañosa. Luego,

³ Específicamente en la obra se refirió al impacto que tuvo la expansión del uso de la red de internet, e indicó que, si bien ha generado una gran revolución en la forma de comunicarnos e interrelacionarnos al posibilitar el desarrollo de la educación, la cercanía cultural y tantos otros aspectos también ha dado lugar a nuevas modalidades de delincuencia. Esto ha sido recogido por la dogmática del derecho penal en el trabajo de Silva Sánchez (2001, p. 28), quien ha indicado que «es innegable [...] la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de *criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados)*».

⁴ En palabras de Kindhäuser (2009, p. 4), «progreso técnico y riesgos crecientes van de la mano y caracterizan la sociedad actual, desde una perspectiva sociológica, como sociedad del riesgo. El único instrumentario que tiene la posibilidad de poner en relación valorando las ventajas y desventajas de correr riesgos, así como de conducirlos a cauces reguladores es el derecho. De ahí que se invoque infaliblemente al derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados».

⁵ Para más información, véase Vilchez Chinchayán (2019, p. 4). En este mismo sentido, se ha pronunciado Silva Sánchez (2012, p. 428) al relacionar la extensión del derecho penal a la idea de dañosidad social. Así, critica que «la alusión exclusiva a la disfuncionalidad social encierra el peligro, de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social olvidando al individuo».

⁶ A mayor abundamiento, véase Vilchez Chinchayán (2018, pp. 235-244).

⁷ La Ley 21.240, que modifica el Código Penal, y la Ley 20.393, para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria en caso de epidemia o pandemia, fue promulgada el 17 de junio de 2020 en un contexto en que Chile se encontraba en estado de alerta sanitaria por el Decreto 4 promulgado el 5 de febrero de 2020.

la segunda variante supera la barrera de afectación de bienes jurídicos individuales y se sitúa en el plano de los bienes jurídicos supraindividuales.

Ambas variantes dan lugar a un nuevo escenario, en el que convergen los fenómenos sociales y la disciplina jurídica. De esta forma, surgen diversos focos de riesgo para bienes jurídicos, tanto individuales como supraindividuales. En este estado de cosas, el derecho penal es emplazado a dar una respuesta. Ante esto, Hefendehl se pregunta: ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?⁸ Esta no es una pregunta baladí, ya que actualmente se observa cómo la protección jurídico-penal se ha extendido a bienes jurídicos supraindividuales mediante una nueva técnica legislativa: delitos de peligro abstracto. Si bien diversos ordenamientos jurídicos han recurrido a esta, no ha quedado exenta de críticas.⁹

En torno a los delitos de peligro, la dogmática penal fue captada por la discusión entre el binomio abstracto/concreto. Sin embargo, se han manifestado diversas tesis que se resisten a esta dualidad e indican que la realidad es más compleja.¹⁰ En los siguientes apartados expondremos un análisis aproximativo de la problemática que supone el binomio abstracto/concreto en el nivel de peligrosidad del acto, específicamente en lo que se refiere al artículo 318 del Código Penal.

3. Peligro concreto/abstracto

En esta etapa moderna del derecho penal, la categoría de delitos de peligro ha sido objeto de la división conceptual interna en los delitos de peligro aludida al comienzo de este trabajo: binomio de peligro concreto y peligro abstracto. Por tanto, las definiciones enunciadas sobre delitos de peligro deben comprenderse en referencia a la categoría de *peligro concreto, caracterizada por la exigencia de «la acreditación del peligro efectivo causado con la conducta con respecto al bien jurídico»*.¹¹

Mientras que, en el caso de los delitos de *peligro abstracto, si bien su fundamento también está en un peligro para el bien jurídico, no requiere la acreditación del peligro, pues este se presume. En otras palabras, «el peligro de lesión del bien jurídico se estima concurrente sobre la base de la sola realización de la conducta, siendo ya afirmado (presumido) por el propio legislador y sin que se requiera de una valoración o acreditación»*.¹²

Con estas definiciones es patente el problema y se concentra principalmente en la dificultad de delimitar la conducta que se pretende sancionar. Esto no es un problema menor, ya que es mandato constitucional que la norma describa la conducta a sancionar. Y si bien Maldonado reconoce que la doctrina mayoritaria

⁸ Es un cuestionamiento determinante en el trabajo legislativo, pues sentó las bases para enfrentar el escenario social posindustrial e impulsó al derecho penal a superar sus concepciones clásicas y expandirse. En este sentido, pasó a ser parte de la discusión dogmática un «derecho penal del riesgo», en palabras de Bages (2018, pp. 37 y 38), «en virtud del cual la prevención de delitos está dirigida al aseguramiento o conservación de los subsistemas más esenciales de los que se compone la sociedad, con la pretensión de garantizar que esta permanezca inmutable en sus rasgos estructurales, compensando así los riesgos que en su seno se originan. Al amparo de esta orientación del sistema penal a su propia autoafirmación, en un plazo político-criminal ha sido posible auspiciar una expansión del derecho penal hacia la protección de intereses con un contenido mucho más vago o difuso; o incluso defender la idoneidad de prescindir de la noción misma de bien jurídico, o de sustituirla por una genérica referida a la necesidad de reforzar la vigencia de la norma».

⁹ A este respecto, Joaquim Bages (2018, p. 43) ha señalado que «la expansión del derecho penal hacia la tutela de intereses supraindividuales, a través de la técnica del peligro, no parece un fenómeno intrínsecamente negativo, lo que no significa que pueda tener carácter ilimitado o indiscriminado».

¹⁰ Vilchez Chinchayán (2018, pp. 21-22) señala que «resulta llamativo, sin embargo, que aun cuando son mayoritarias las posturas que reconocen los inconvenientes sobre el binomio clásico [...], este no ha perdido vigencia o, por lo menos, no del todo».

¹¹ Para más información, véase Maldonado (2006, p. 32).

¹² Para más información, véase Maldonado (2006, p. 30).

no exige una descripción completa, considera que no deja de ser un criterio discutible.¹³ En este orden de ideas, resulta interesante que, tanto para Maldonado como para Bages, la distinción entre los delitos de peligro concreto y abstracto pasa por comprender la distinción conceptual entre *peligrosidad* y *peligro*.

*En efecto, este último autor señala que «la peligrosidad sería un atributo que calificaría la conducta al informarse acerca de su potencialidad lesiva».*¹⁴ En tanto, el peligro «se referiría a los efectos *ex post* de la conducta al revelar las consecuencias efectivamente derivadas de esta».¹⁵ En otras palabras, los delitos de peligro abstracto contienen conductas que el legislador identificó como peligrosas en sí, con independencia de que, posteriormente, se pueda o no comprobar su idoneidad para poner en real peligro el bien jurídico que se pretende proteger.

Esta particularidad es precisamente el fundamento a su crítica principal. Pues, se señala que, al ser prevista la peligrosidad de la conducta por el legislador *per se*, *se vulneraría el principio de lesividad al castigarse una conducta que no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico*.¹⁶ En este sentido, los delitos contra la salud pública han adquirido especial atención en el contexto de pandemia, como se indicó al inicio de este trabajo. En suma, nos enfrentamos a tipos penales que se satisfacen por la mera actividad, por el simple hecho de no seguir la pauta de conducta impuesta, pues no se evidenciará ningún efecto directo del acto realizado.¹⁷ Sin embargo, se asume que pone en peligro un bien jurídico cuyo titular es un número indeterminado de personas.

En otras palabras, la construcción normativa del delito de peligro abstracto crea un nexo entre el acto realizado y el disvalor típico que determina su existencia y el resultado de afectación al bien jurídico supraindividual. En particular, la salud pública es uno de esos bienes jurídicos en los que una conducta lesiva aislada no supone su afectación evidente. Pues bien, no hablamos de la protección de la salud de una persona, sino de la protección de la de todas aquellas que componen la sociedad.¹⁸

Queda en evidencia que la gran amplitud que adquieren los delitos de peligro abstracto conlleva necesariamente a la abstracción del sistema penal como tradicionalmente lo conocemos. A este respecto, la construcción del delito como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad pierde rigurosidad en los delitos de peligro,¹⁹ pues la afectación de un bien jurídico colectivo resulta ser cualitativamente distinta a los casos de anticipación de la afectación de un bien jurídico individual. Las infracciones a la cuarentena o al toque de queda por sujetos no contagiados fueron los casos que enfrentaron al Ministerio Público —que considera el delito como uno de peligro abstracto— y a la Defensoría Penal Pública —que lo interpreta como de peligro concreto— en torno al pasaje del artículo 318 del Código Penal, que indica *puesta en peligro para*

¹³ Para más información, véase Maldonado (2021, p. 19).

¹⁴ Para más información, véase Bages (2018, p. 139).

¹⁵ Para más información, véase Bages (2018, p. 139).

¹⁶ A mayor abundamiento, Joaquim Bages (2018, p. 122) señala que «la distancia de los delitos de peligro abstracto con respecto a la lesión de un interés individual ha llevado a algunas voces a cuestionar su legitimidad político-criminal». Por su parte, Bascur (2019, p. 568) ha indicado que «la designación de estas figuras, como tipos de peligro abstracto, obedece a la dificultad de conceptualizar la forma en que los bienes que subyacen son afectados o menoscabados. Dado que la entidad que representa el bien se identifica con determinados constructos ideales de elevada abstracción conceptual [...], las circunstancias típicas no representarían un supuesto de hecho apto para explicar la ofensividad como un “ataque” propiamente tal: aquí no se verificaría una conexión siquiera remota entre el objeto de la acción y el respectivo bien jurídico. Por el contrario, el “daño social” asumiría una expresión ideal o normativa, desacoplada de una existencia fáctica o empírica».

¹⁷ En otras palabras, según Vargas (2007, p. 136), «en realidad no se niega que estos bienes [jurídicos colectivos] puedan lesionarse, sino que ello se produzca por un comportamiento individual».

¹⁸ Así es reconocido en la dogmática chilena por Tatiana Vargas (2007, p. 37), quien señala que «los delitos contra la salud pública en general se reconocen normalmente como delitos de peligro abstracto, tanto por la doctrina como la jurisprudencia nacional».

¹⁹ A mayor abundamiento, véase Silva Sánchez (2012, pp. 424 y ss.).

la salud pública.²⁰ A continuación, en aras de una mejor comprensión, analizaremos el concepto de salud pública y su rol normativo. Luego, plantaremos de modo aproximativo una teoría intermedia.

4. Bien jurídico protegido: Salud pública

En un primer escenario, la salud pública ha sido reconocida por reunir aspectos propios del estado de salud del ser humano y la comunidad como ente social. De este modo, su tratamiento implica necesariamente un trabajo multifocal.²¹ Luego, en un segundo escenario, el enfoque conceptual de la salud pública está en la disciplina de la medicina, y se distingue entre salud pública y medicina clínica según el objeto de estudio y protección: la salud pública se enfoca en la población y la medicina clínica en el paciente en específico.

El enfoque de quienes velan por la salud pública está en la salud colectiva y no solo en pacientes.²² Por lo tanto, al aludir a la salud pública no se la está vinculando a la salud de una persona, sino que, más bien, al llevar el apellido *pública*, el concepto se extiende toda la sociedad, por lo que es posible considerarlo como un bien jurídico *supraindividual*.²³ Y esta es la plataforma en que se funda el análisis de la teoría que se propone superar el binomio de peligro concreto/abstracto en la imputación de un delito en circunstancias de pandemia.

Adicionalmente, se utiliza el concepto de *no distributividad para establecer un límite entre los bienes jurídicos individuales y supraindividuales*. Así, Hefendehl señala que «un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir este bien en partes y asignar una porción de este a un individuo». ²⁴ De esta manera, «todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada uno de los miembros de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma». ²⁵

Con ello en mente, si se sostiene que los bienes jurídicos legitiman el ejercicio del poder punitivo del Estado, entonces es relevante que estos valores —reconocidos como bienes jurídicos a proteger— se encuentren correctamente identificados y plasmados por el legislador en su ejercicio normativo. Pues bien, los ordenamientos jurídico-penales se han caracterizado por contener mayoritariamente tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales. No es sino a partir del desarrollo del derecho penal moderno que se generó un aumento exponencial en la integración de tipos penales con un fundamento *supraindividual* mediante la técnica de protección de peligro abstracto.

²⁰ Cabe indicar que esta frase fue integrada por la Ley 17.155 en 1969, y no fue alterada por la última modificación a la norma en 2020. Esto es desarrollado por Londoño Martínez (2020, p. 407).

²¹ Esto es reafirmado en el contexto de la iniciativa «La Salud Pública en las Américas», en la que se indicó que la salud pública es la «acción colectiva del estado y la sociedad civil para proteger y mejorar la salud de los individuos». Para más información, véase Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (2002, p. 3).

²² En Sarmiento (2013, p. 155), la salud pública se define «como una preocupación por la población, como la disciplina que se ocupa de evaluar, estudiar, coordinar y dirigir la salud de la población o los grandes colectivos del país». El concepto de «salud pública» evidencia complejidad, en tanto reúne una gama de elementos que van desde la medicina hasta las políticas públicas adoptadas por un Estado. Esto se plasma en el siguiente postulado de Sarmiento (2013, p. 155): «en este sentido, se destaca que la salud pública no permanezca indiferente a la realidad nacional y no se limite a manejarse en lo tenido de la profesión, sino que se comprometa con las necesidades y los conflictos del país».

²³ Los bienes jurídicos son aquellos valores que se busca proteger y, por lo tanto, legitiman el ejercicio del *ius puniendi*. Así, en términos generales, se distinguen dos niveles: *individuales* y *supra individuales*, cuya distinción conceptual responde a su titularidad.

²⁴ Para más información, véase Hefendehl (2001, p. 150).

²⁵ Para más información, véase Hefendehl (2001, p. 150).

La relevancia que encierra esta técnica legislativa se funda en el riesgo que implica para el *ius puniendi*. En efecto, el ejercicio normativo en protección de bienes jurídicos supraindividuales conlleva la integración de tipos penales con una descripción vaga de su contenido. El carácter colectivo del bien jurídico puede generar dificultades en su descripción, y la técnica legislativa de peligro abstracto puede significar un adelantamiento a la barrera de punición. Es decir, se corre el riesgo de caer en un exceso.

Estos son algunos de los conflictos que surgen de la construcción normativa de peligro abstracto, y la salud pública no escapa de ellos. Milos señalaba que «la salud pública es un bien jurídico de difícil comprensión y aceptación»,²⁶ toda vez que es un concepto que contempla la salud de todas y cada una de las personas en una sociedad. Es evidente que sea identificada como un bien jurídico supraindividual. En este orden de ideas, en el siguiente apartado entregaremos un análisis dogmático comparativo entre Chile y España, con el objeto de que, en su complemento, nos permita esclarecer sus delimitaciones.

5. Una mirada comparativa de la doctrina en España y Chile

En la doctrina española se han desarrollado al menos tres líneas interpretativas en torno al bien jurídico de salud pública según Pérez-Sauquillo. La primera sostiene que la salud pública es un bien jurídico supraindividual autónomo, por ende, no es «susceptible de ser distribuido en porciones individuales, ya que, como conjunto de condiciones que posibilitarían la salud, constituiría algo más que la mera suma de saludes individuales».²⁷

La segunda línea considera que la salud pública es más bien una abstracción conceptual. Por lo tanto, si bien la salud pública es reconocida como un bien jurídico supraindividual, debe entenderse enfocada al individuo. Con ello, se le niega autonomía. En otras palabras, bajo esta segunda concepción, la salud pública —como bien jurídico supraindividual— sería considerada como un medio para proteger el bien jurídico individual de salud.

Finalmente, la tercera línea de pensamiento —minoritaria en la doctrina española— niega la clasificación de la salud pública dentro de los bienes jurídicos supraindividuales. Bajo esta concepción, los llamados «delitos contra la salud pública» solo protegen la salud individual de las personas. Por consiguiente, la salud pública no es un bien jurídico a proteger por el ordenamiento jurídico.

En Chile, las directrices doctrinarias que se manejan se identifican con las dos primeras líneas interpretativas desarrolladas en la dogmática española. De este modo, por una parte, hay quienes entienden que la salud pública es un bien jurídico supraindividual «asociado a un conjunto de condiciones que garantizan o fomentan la salud».²⁸ En tanto, otros comprenden la salud pública más bien «como una particular forma de proteger un bien jurídico individual (la salud individual), concretamente mediante la represión de la puesta en peligro de la salud de un conjunto de personas indeterminadas».²⁹

En este orden de ideas, Londoño afirma que la doctrina y la jurisprudencia chilena se ha inclinado por la segunda línea de argumentativa. Es decir, la tendencia es considerar a la *salud pública como un medio*

²⁶ Para más información, véase Milos (2012, p. 204).

²⁷ Para más información, véase Pérez-Sauquillo (2019, p. 193). Esta es la conceptualización que sigue la doctrina mayoritaria y parte de la jurisprudencia española.

²⁸ Para más información, véase Londoño (2019, p. 418).

²⁹ Para más información, véase Londoño (2019, p. 418).

para proteger efectivamente la salud individual. En este mismo sentido, se había pronunciado Etcheberry, quien indica:

En principio, quienes disfrutan de ella [de la salud] o se ven privados de la misma son las personas individualmente consideradas: no hay una «salud colectiva» sino en sentido metafórico. Lo que se quiere señalar al hablarse de «salud pública» es que se desea proteger a la totalidad de los habitantes, o al menos a un número indefinidamente grande de ellos, contra conductas que son aptas para producir menoscabos en la salud de un número también elevado de personas, más allá de la salud de una persona determinada en particular: los atentados contra esta última se sancionan en el título de los delitos contra las personas.³⁰

La misma línea interpretativa encontramos en el trabajo de Labatut, quien señala que, al hacer referencia a la salud pública, «solo se contemplan figuras que atentan o que ponen en peligro la salud individual y tal denominación no significa que exista un orden público de la salud».³¹ Asimismo, Matus y Ramírez explican que la salud pública «importa la necesaria preocupación por la salud de todas y cada una de las personas como presupuesto para el desarrollo de acciones de salud en individuos determinados».³² Por de pronto, no se visualiza alguna tendencia que niegue a la salud pública la calidad de bien jurídico a proteger.

Ahora bien, ya que podemos decir que a lo menos en ambos ordenamientos jurídicos —España y Chile— se sigue mayoritariamente la concepción de bien jurídico colectivo o supraindividual de la salud pública, es apropiado apuntar que se ha sostenido que existen bienes jurídicos intermedios o instrumentales.³³ Esto es, bienes jurídicos reconocidos con naturaleza colectiva, pero que tendrían esta calidad de *intermedios por cumplir una función de eslabón para la tutela penal de bienes jurídicos finales. Con todo, bajo este entendimiento, la salud pública sería entendida mayoritariamente como un bien jurídico intermedio, pues el objeto de protección final es la salud del individuo.*

6. ¿Por qué es relevante profundizar en el rol que desempeña la salud pública en el ordenamiento jurídico penal?

El artículo 318 del Código Penal comienza con la siguiente frase: «el que pusiere en peligro la salud pública», de modo que, para llegar a una comprensión clara y eficaz de la norma, es fundamental partir cuestionándonos el rol que tiene la salud pública en nuestro ordenamiento jurídico, y si es el derecho penal el medio más competente para su protección.

Se ha señalado que diversas conductas han sido tipificadas en el ordenamiento jurídico penal chileno bajo el fundamento de proteger la salud pública: desde el ejercicio ilegal de profesiones relativas a la salud hasta el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Sin embargo, la interpretación del tipo penal del artículo 318 no es tan sencilla, ya que, como explica Londoño Martínez, el problema está en la falta de

³⁰ Para más información, véase Etcheberry (1997, p. 283).

³¹ Para más información, véase Milos (2012, p. 204).

³² Para más información, véase Matus y Ramírez (2021, p. 460).

³³ A mayor abundamiento, véase Vargas (2007, pp. 122 y ss.). La autora señala, con respecto a los bienes jurídicos intermedios que, «en general, se alude a una especial forma de protección de bienes colectivos, pero que se vincula a la tutela de otros bienes jurídico-penales (bienes con un sustrato, supuestamente, menos abstracto o bienes individuales). Muchos autores recurren a esta institución a partir de la naturaleza inmaterial del bien colectivo, que dificulta la determinación de su perturbación o afección. Se sostiene que la lesión de estos bienes es imposible a través de un comportamiento lesivo individual, por lo que se recurre a otro bien que lo represente».

un «elemento objetivo de peligrosidad estadística, como en cambio sí acontece en otros delitos de peligro abstracto bien asentados o validados».³⁴

Por de pronto, cuando se integra la frase «poner en peligro la salud pública» al artículo 318 del Código Penal en 1969, Maldonado interpreta que:

No propone una cualificación que se predica de las conductas en abstracto, sino que dice relación con la posibilidad de afirmar peligro o riesgo de afectación de la salud individual de un número de personas, que en el momento de actuar no está determinado ni es posible de identificar por anticipado.³⁵

Así las cosas, en el caso particular de la pandemia que se vive actualmente, la interpretación de la norma del artículo 318 espera que el ciudadano no realice ciertos actos que suponen un riesgo al contagio del virus. De modo que, bajo esta interpretación, es indiferente la real posibilidad de contagio,³⁶ ya que, en términos generales, el desplazamiento —por ejemplo— supone una mayor exposición al virus y, por ende, mayor riesgo.

De este modo, el problema interpretativo no ha sido resuelto, en parte, porque se sigue intentando una construcción sobre la base del binomio de peligro concreto y abstracto. Sin embargo, como adelantábamos en un comienzo, se han alzado teorías que intentan superar estas categorías. Pues bien, se trataría de una problemática que no puede ser reducida a este simple binomio, sino que es importante considerar que ambas perspectivas —abstracta y concreta— aportan al debate la formulación de una nueva perspectiva ecléctica.³⁷ La Corte Suprema se ha pronunciado a este respecto y ha integrado a la discusión la categoría de *peligro hipotético o también denominado peligro abstracto-concreto*.³⁸ Este punto es interesante, pues se observa claramente que estas categorías dejan de determinar la conducta que se pretende sancionar y refieren al contexto en que se ejecuta.

En este sentido, el propósito de superar el binomio abstracto/concreto en el caso específico del artículo 318 del Código Penal, a través de esta figura de peligro hipotético como término medio, no cumple las expectativas interpretativas. Más bien, su consideración supone la necesidad de confirmar un estado de cosas en que se ejecuta la conducta en el caso en concreto. Y, por lo tanto, la conducta en sí deja de tener relevancia para la imputación de la pena. En virtud de este razonamiento se vuelve necesario un juicio de pronóstico que permita determinar dos elementos: por una parte, cuáles son las condiciones básicas que establece la sociedad chilena en torno a una expectativa de comportamiento; y, por otra, cuáles son para el impedimento de la producción de un resultado material que provoque conmoción en la sociedad.

En ese sentido, es imprescindible pronunciarse sobre las expectativas de comportamiento institucional en esta materia, en tanto permite definir la existencia o no de un deber de abstención relevante en los términos que propone el legislador en las figuras del artículo 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal. De

³⁴ Para más información, véase Londoño Martínez (2020, p. 412). El autor da como ejemplos la cantidad medible de droga en el delito de tráfico de drogas o estupefacientes o los gramos de alcohol en la sangre en casos de manejo en estado de ebriedad.

³⁵ Para más información, véase Maldonado (2021, p. 61).

³⁶ En la doctrina se ha indicado que es común encontrar argumentos que se basan en probabilidades o presunciones, sin embargo, Vélchez Chinchayán (2018, p. 214), señala que «la dependencia con respecto a estos datos conduce a soluciones inapropiadas» y, por su parte, Maldonado (2021, pp. 68-69), hace referencia a estos como argumentos vacíos.

³⁷ Entendemos por eclecticismo una filosofía del porvenir, esto es, una mirada que logra integrar elementos tanto de la noción de peligro concreto como abstracto.

³⁸ Para más información, véase, véase Maldonado (2021, p. 69).

ahí que sea importante definir qué tipo de reacción permite valorar un determinado hecho conforme a la norma,³⁹ y no centrar el foco en el contexto de emergencia sanitaria en que nos encontramos.

7. La desvinculación como posible respuesta a la protección de intereses sociales

Como hemos revisado en este trabajo, es innegable que el bien jurídico que funda la norma del artículo 318 del Código Penal es la salud pública. Esta apreciación genera más preguntas que respuestas, y en los apartados anteriores se dio cuenta de la complejidad de delimitación de este interés de protección penal. En este contexto, nos llama la atención la interesante propuesta del profesor Vílchez Chinchayán. Esta busca superar el binomio abstracto/concreto en los delitos de peligro. Pues bien, es difícil definir cuáles son los criterios o parámetros de valoración del concepto peligro.

En ese sentido parece ser que la aproximación a la figura del 318 y siguientes del Código Penal chileno sería la del modelo desarrollado por este autor, mediante la teoría de la *desvinculación*, *pues podría encaminar a una real superación del binomio abstracto/concreto en estos escenarios en los que el propósito del legislador ya no es solo proteger esferas de organización, sino que el fundamento de la acción penal estaría también en establecer las bases para que la sociedad pueda seguir desarrollándose*.⁴⁰

Se señala que la teoría de la desvinculación supone un avance en la comprensión de las nuevas realidades y, por ende, de nuevos actos criminales. Pues bien, «esta nueva configuración implica atender a las (nuevas) realidades, cuya *afectación no se traduce en la proximidad de un «resultado material» sino más bien en lo que esa conducta ya representa o, mejor, cuestiona en el contexto en concreto*».⁴¹

En este orden de ideas, el autor desarrolla este modelo en virtud de la realidad social que nos caracteriza, como la inmediatez comunicacional, el uso de tecnologías que dan lugar al anonimato, un sistema social en que cada cual conoce las normas y ajusta su vida en mayor o menor medida a estas. No obstante, a pesar de la impersonalidad que prima, entiende que todos los sujetos esperan el funcionamiento de la sociedad como la conocen. Frente a ello, es revelador que el legislador no puede proteger estas bases de convivencia mediante la lesión y el peligro, «porque su afectación [...] no se traduce en la producción de un resultado en el mundo material».⁴² Por lo tanto, el peligro ya no es aquello que prima en el razonamiento, sino que se plantea que, si bien son situaciones que calzan dentro del espectro de los delitos de peligro, se desvinculan para crear delitos autónomos.

Esta mirada aproximativa del modelo de desvinculación es —por lo menos— interesante de considerar en el contexto de pandemia en que nos encontramos. Pues una perspectiva desligada del peligro como foco de atención en el tipo penal del artículo 318 del Código Penal puede ser una alternativa interpretativa que supere las problemáticas dogmáticas y judiciales conocidas en este período.

³⁹ Para más información, véase Vílchez Chinchayán (2018, pp. 69, 272 y 293, nota 55).

⁴⁰ Para más información, véase Vílchez Chinchayán (2018, p. 249).

⁴¹ Para más información, véase Vílchez Chinchayán (2018, pp. 245-246).

⁴² Para más información, véase Vílchez Chinchayán (2018, p. 250).

8. Conclusiones

En primer lugar, concluimos que el legislador no solo debe hacerse cargo de aquellos actos o situaciones que atentan contra el desarrollo de la vida en sociedad, sino que, además, es determinante la forma en la que ejecuta la actividad normativa encomendada. Pues bien, este último aspecto es determinante en la posterior ejecución de la norma por parte de nuestros tribunales de justicia y en la protección a los derechos fundamentales de las personas.

Con respecto al caso particular de la protección de la salud pública, nos encontramos ante una técnica legislativa que no es la regla general en el ordenamiento jurídico penal. Esto nos lleva a la segunda conclusión de este artículo, esto es, que la tipificación de delitos de peligro abstracto supone una mayor complejidad en la delimitación de su contenido. Pues bien, no se trata de un bien jurídico con respecto al cual exista una forma de medición estandarizada de afectación a partir de una conducta individual. Así ha sido evidente en los casos de incumplimiento de las restricciones de desplazamiento de las personas impuestas por el estado de emergencia sanitaria por la propagación del virus SARS-CoV-2.

Por último, es importante no perder de vista que el derecho penal es la *última ratio*, y *el adelantamiento punitivo que implica la tipificación de delitos de peligro abstracto puede atentar contra este principio base. De modo que, si bien ha quedado en evidencia que la salud pública es un bien jurídico que debemos proteger, es tarea ineludible para el legislador procurar una armonía normativa en que las garantías fundamentales no sean indebidamente afectadas.*

Bibliografía citada

- Bages, Joaquim (2018): *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Bascur, Gonzalo (2019): Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos, *Política Criminal*, vol. 14, N° 28: pp. 562-594.
- Beck, Ulrich (1986): *La sociedad del riesgo* (Barcelona, Paidós).
- Cabezas, Carlos (2013): El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena: Un breve estudio comparado, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, N° 2: pp. 85-120.
- Cury, Enrique (2020): *Derecho penal parte general*. Tomo I (Santiago, Universidad Católica de Chile).
- Etcheberry, Alfredo (1997): *Derecho penal. Parte especial*. 3.^a edición. Tomo IV. (Santiago, Jurídica de Chile).
- Hefendehl, Roland (2001): ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto (traducción por Eduardo Salazar Ortuño), *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, N° 19: pp. 147-158.
- Kindhäuser, Urs (2009): «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal», *InDret Revista para el análisis del derecho*, N° 1: pp. 1-19.
- Londoño, Fernando, Maldonado, Francisco y Mañalich, Juan Pablo (2021): *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: Teoría y praxis* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- Londoño Martínez, Fernando (2020): ¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión de la Ley 21.240: más micro que macro, *Revista de Ciencias Penales, Sexta Época*, vol. 47, N° 1: pp. 401-434.

- Londoño, Fernando (2019): Comentario previo al §14 del Título VI, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI (artículos 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Legal Publishing) pp. 413-425.
- Maldonado, Francisco (2021): «Sobre la constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal», en Londoño, Fernando, Maldonado, Francisco y Mañalich, Juan Pablo, *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: Teoría y praxis* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 1-82.
- Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2021): *Manual de derecho penal chileno. Parte Especial*. 4.^a edición. (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2019): *Manual de derecho penal chileno. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Maldonado, Francisco (2006): Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados «delitos de peligro» en el moderno derecho penal, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7: pp. 23-60.
- Milos, Paulina (2012): Las profesiones «análogas» en el delito de ejercicio ilegal de la medicina del artículo 313 A) del Código Penal chileno. Propuesta para su determinación, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 19, N° 1: pp. 197-239.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2019): *Derecho penal. Parte general*. 10.^a edición. (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Organización Mundial de la Salud (2020): *Documentos Básicos, Ginebra, 49.^a edición*. Disponible en <https://bit.ly/3Ixpyzc>.
- Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (2001): *La Salud Pública en las Américas: Nuevos conceptos, Análisis del Desempeño y Bases para la Acción*. Disponible en <https://bit.ly/3IIEVel>.
- Pérez-Sauquillo, Carmen (2019): *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Prado, Gabriela y Durán, Mario (2017): Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales: Precisiones y limitaciones previas para una respuesta de protección penal del Orden Público Económico en Chile, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 24, N° 1: pp. 263-295.
- Sarmiento, Julio (2013): Algunas visiones sobre la disciplina, práctica y concepto de la salud pública, *Revista Chilena Salud Pública*, vol. 17: pp. 151-159.
- Silva Sánchez, Jesús-María (2012): *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2.^a edición (Montevideo-Buenos Aires).
- Silva Sánchez, Jesús-María (2001): *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.^a edición. (Madrid, Civitas).
- Vargas, Tatiana (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado: Determinación de la incertidumbre penalmente relevante* (Navarra, Aranzadi S.A.).
- Vílchez Chinchayán, Ronald Henry (2019). «Una revisión a los delitos de peligro», en Sánchez Óstiz Pablo (director), *Comprender el derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires, Bdef) pp. 3-16.
- Vílchez Chinchayán, Ronald Henry (2018). *Aproximación a la intervención penal anticipada: Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro* (Lima, Palestra).

Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile

Código Penal de la República de Chile