



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



3/2021

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeje Álvarez, Antonio Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2021 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

SISTEMA SANZIONATORIO E DIRITTI FONDAMENTALI <i>SISTEMA PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES</i> <i>SANCTIONING SYSTEM AND FUNDAMENTAL RIGHTS</i>	<hr/> Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ‘ergastolo’ <i>Fin de la pena: 31/12/9999. Observaciones sobre la cuestión de la prisión perpetua</i> <i>End of Sentence: 31/12/9999. Spot on the ‘Life Sentence’ Issue</i> Emilio Dolcini	1
	<hr/> La ‘nuova’ disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi prevista dalla c.d. ‘riforma Cartabia’ <i>La ‘nueva’ regulación de las sanciones alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración previstas en la llamada ‘reforma Cartabia’</i> <i>The ‘New’ Rules on Penalties in Lieu of Short Custodial Sentences Under the So-Called ‘Riforma Cartabia’ (Cartabia Reform)</i> Mariangela Telesca	34
	<hr/> Gli organismi di garanzia non giurisdizionali in Italia: un sistema multilivello a tutela dei diritti delle persone private della libertà <i>Los órganos de garantía no judiciales en Italia: un sistema multinivel para proteger los derechos de las personas privadas de libertad</i> <i>The Guarantor Mechanism in Italy: a Multi-Level System of Protection of the Rights of Detainees</i> Eleonora Celoria, Chiara De Robertis	49
	<hr/> Costituzionalmente legittima l’esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto per il delitto di resistenza a pubblico ufficiale. Aperta una falla nel sistema? <i>Constitucional la exclusión de la no-punibilidad por especial tenuidad del hecho del delito de resistencia a un funcionario público: ¿Se trata de una infracción del sistema?</i> <i>The Exclusion of Non-Punishability Due to the Particular Tenuity of the Fact for the Offence of Resistance to a Public Official is Legitimate. Is This a Breach in the System?</i> Federico Valente	71

<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</p> <p>SPECIAL PART TOPICS</p>	<p>Prolegomeni a uno studio storico, comparato e dogmatico in tema di calunnia verbale e falsa testimonianza 85</p> <p><i>Prolegómenos a un estudio histórico, comparado y dogmático sobre calunnia verbal y falso testimonio</i></p> <p><i>Prolegomena to a Historical, Comparative and Dogmatic Study in the Matter of Verbal Calumny and Perjury</i></p> <p>Sergio Seminara</p>
<p>VIOLENZA DI GENERE</p> <p>VIOLENCIA DE GÉNERO</p> <p>GENDER VIOLENCE</p>	<p>Peligro hipotético y delito contra la salud pública bajo pandemia de Covid-19: la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena a la luz del trabajo seminal de Ángel Torío 99</p> <p><i>Pericolo ipotetico e reati contro la salute pubblica durante la pandemia di Covid-19: la giurisprudenza della Corte di Cassazione cilena alla luce dell'opera di Ángel Torío</i></p> <p><i>Hypothetical Danger and Crime Against the Public Health Under the Covid-19 Pandemic: the Chilean Supreme Court's Rulings in the Light of Ángel Torío's Seminal Work</i></p> <p>Fernando Londoño Martínez</p>
<p>VIOLENZA DI GENERE</p> <p>VIOLENCIA DE GÉNERO</p> <p>GENDER VIOLENCE</p>	<p>Sulla configurabilità del tentativo di atti persecutori? 114</p> <p><i>Sobre la configuración de la tentativa en el delito de stalking</i></p> <p><i>On the Configurability of the Crime of Attempted Stalking</i></p> <p>Maria Teresa Filindeu</p>
<p>VIOLENZA DI GENERE</p> <p>VIOLENCIA DE GÉNERO</p> <p>GENDER VIOLENCE</p>	<p>Forme di bias nel sistema di tutela delle donne vittime di violenza 125</p> <p><i>Formas de bias en el sistema de protección de las mujeres víctimas de violencia</i></p> <p><i>Forms of Bias in the System for the Protection of Women Victim of Violence</i></p> <p>Teresa Bene</p>
<p>CRIMINALITÀ DEI "COLLETTI BIANCHI"</p> <p>DELITO DE "CUELLO BLANCO"</p> <p>WHITE COLLAR CRIME</p>	<p>The Ethical 'Dilemma' of Whistleblowers in the Italian Legal Environment 139</p> <p><i>Il "dilemma" etico dei whistleblowers nell'ordinamento giuridico italiano</i></p> <p><i>El dilema ético de los whistleblowers en el ordenamiento jurídico italiano</i></p> <p>Andrea R. Castaldo, Fabio Coppola</p>
<p>CRIMINALITÀ DEI "COLLETTI BIANCHI"</p> <p>DELITO DE "CUELLO BLANCO"</p> <p>WHITE COLLAR CRIME</p>	<p>Public private partnerships nell'antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di outsourcing del processo penale? 153</p> <p><i>Asociaciones público-privadas en la lucha contra el blanqueo de capitales y el terrorismo: ¿una nueva forma de externalización del proceso penal?</i></p> <p><i>Public Private Partnerships in AML-CTF: A New Way to Outsource Criminal Proceedings?</i></p> <p>Giulia Lasagni</p>

QUESTIONI DI PARTE SPECIALE

TEMAS DE PARTE ESPECIAL

SPECIAL PART TOPICS

- 85 **Prolegomeni a uno studio storico, comparato e dogmatico in tema di calunnia verbale e falsa testimonianza**
Prolegómenos a un estudio histórico, comparado y dogmático sobre calumnia verbal y falso testimonio
Prolegomena to a Historical, Comparative and Dogmatic Study in the Matter of Verbal Calumny and Perjury
Sergio Seminara
- 99 **Peligro hipotético y delito contra la salud pública bajo pandemia de Covid-19: la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena a la luz del trabajo seminal de Ángel Torío**
Pericolo ipotetico e reati contro la salute pubblica durante la pandemia di Covid-19: la giurisprudenza della Corte di Cassazione cilena alla luce dell'opera di Ángel Torío
Hypothetical Danger and Crime Against the Public Health Under the Covid-19 Pandemic: the Chilean Supreme Court's Rulings in the Light of Ángel Torío's Seminal Work
Fernando Londoño Martínez
- 114 **Sulla configurabilità del tentativo di atti persecutori?**
Sobre la configuración de la tentativa en el delito de stalking
On the Configurability of the Crime of Attempted Stalking
Maria Teresa Filindeu

Peligro hipotético y delito contra la salud pública bajo pandemia de Covid-19: la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena a la luz del trabajo seminal de Ángel Torío*

Pericolo ipotetico e reati contro la salute pubblica durante la pandemia di Covid-19: la giurisprudenza della Corte di Cassazione cilena alla luce dell'opera di Ángel Torío
Hypothetical Danger and Crime Against the Public Health Under the Covid-19 Pandemic: the Chilean Supreme Court's Rulings in the Light of Ángel Torío's Seminal Work

FERNANDO LONDOÑO MARTÍNEZ

Profesor titular de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile
fernando.londono@udp.cl

COVID-19,
DERECHO PENAL COMPARADO

COVID-19,
DIRITTO PENALE COMPARATO

COVID-19,
COMPARATIVE CRIMINAL LAW

ABSTRACTS

El artículo coloca en un contexto dogmático amplio la importante jurisprudencia de la Corte Suprema chilena en materia de art. 318 del Código Penal (el tipo penal más usado y discutido en el marco de lo que podría denominarse el “combate penal chileno” a la pandemia de Covid-19). Tal jurisprudencia tuvo el indudable mérito de descartar la tipicidad de los supuestos de mera infracción al “toque de queda”, para lo cual se valió de las nociones de *delito de peligro hipotético* y delito de *peligro abstracto-concreto*. El artículo se detiene en aquellos conceptos, contrastándolos con las fuentes doctrinarias comparadas y nacionales (mirando especialmente al trabajo del creador del primer concepto, el español Ángel Torío). El trabajo se cierra examinando críticamente la tipicidad de las *aglomeraciones* no autorizadas, hipótesis cuya tipicidad bajo el art. 318 CP es explorada en *obiter dicta* por la aludida jurisprudencia.

L'articolo inserisce in un ampio contesto dogmatico l'importante giurisprudenza della Corte di Cassazione cilena in materia di reato ex art. 318 del Codice Penale (la fattispecie più utilizzata e discussa nel quadro di quella che si potrebbe denominare la "lotta penale cilena" alla pandemia di Covid-19). Tale giurisprudenza ha avuto l'indubbio merito di scartare la rilevanza penale delle ipotesi di semplice violazione del coprifuoco, soluzione per la quale la Corte ha sfruttato le nozioni di reato di pericolo ipotetico e reato di pericolo astratto-concreto. L'articolo si sofferma su questi concetti, mettendoli in contrasto con fonti dottrinali comparate e cilene (soprattutto con uno sguardo al lavoro del creatore del primo concetto, lo spagnolo Ángel Torío). Il lavoro si chiude con un esame critico della rilevanza penale dell'ipotesi di una folla non autorizzata, ipotesi la cui rilevanza ai sensi dell'art. 318 CP è stata esplorata in *obiter dicta* dalla suddetta giurisprudenza.

* El autor agradece a Jorge Fernández Mejías, doctorando en Università degli Studi di Milano, por su valiosa colaboración en la recopilación de algunas publicaciones italianas no disponibles desde suelo chileno. En fin, vayan agradecimientos muy especiales para mis queridos colegas chilenos Juan Pablo Mañalich Raffo (Universidad de Chile) y Francisco Maldonado Fuentes (Universidad de Talca), junto a quienes he mantenido un intercambio académico que pronto fructificará en un libro conjunto, dedicado al estudio de los delitos contra la salud pública y su aplicación bajo la pandemia de Covid-19. Si este artículo logra publicarse antes que aquel libro, se debe también a la generosidad de Juan Pablo y Francisco, quienes autorizaron a desgajar este apartado, a modo de primicia y para estimular la reanudación del debate.

The paper places in a broad doctrinal context the Chilean Supreme Court's important rulings on art. 318 of the Chilean Penal Code (the most widely used and debated criminal figure in the context of what could very well be referred to as the "Chilean criminal battle" against the Covid-19 pandemic). Those rulings had the indisputable virtue of ruling out the criminal nature of cases of mere infringement of the curfew. In doing so, the Supreme Court made recourse to the doctrinal notions of hypothetical danger and abstract-concrete danger. The paper focuses on these concepts, cross-checking them with foreign and Chilean doctrinal sources (particularly looking into the work of the Spaniard Ángel Torío, who first came up with the notion of hypothetical danger). The paper closes by critically examining the criminalization of unauthorized crowd gatherings, a hypothesis whose criminalization under art. 318 CP was explored in obiter dicta by the aforementioned case-law.

SOMMARIO

Introducción. – 1. Los tres pasos del razonamiento jurisprudencial. – 1.1. Primer paso. La simple lectura del precepto: no basta la sola infracción de determinadas normas sanitarias. – 1.2. Segundo paso. *Pars destruens*: no se trata de una figura de *perigo abstracto*. – 1.3. Tercer paso. *Pars construens*: se trata de un delito de *perigo hipotético* o *abstracto-concreto*; a la vez, la búsqueda de una conducta connotada de “especificidad” – 1.3.1. La comisión del art. 318 CP por *personas no contagiadas*. Acierto y límites. – 1.3.2. Continuación del tercer paso. – 2. ¿Aglomeraciones punibles sin más? Sobre el peligro hipotético en Ángel Torío. La *realidad* (y no la norma) como criterio de la *aptitud*. La derrotabilidad de la peligrosidad imputada. – 3. Notas finales aclaratorias.

“Los delitos de peligro hipotético son, pues, delitos de peligro posible. La imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad” (Torío, “Los delitos del peligro hipotético”, 1981, p. 838)

“En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo” (Torío, “Los delitos del peligro hipotético”, 1981, p. 846)

Introducción

En lo que sigue se ofrecerá un comentario a la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema chilena en materia de la tan discutida figura del art. 318 del Código Penal¹. En la medida que aquella valiosa jurisprudencia se sirve de la noción de *delito de peligro hipotético*, el comentario procurará examinar sus contenidos a la luz del trabajo que diera vida a tal concepto (Torío, 1981), no sin considerar también —antes que nada en el aparato de notas— el campo conceptual del *peligro abstracto-concreto* y los *delitos de aptitud* (fórmulas también usadas para la caracterización de la figura del art. 318 CP, ya por la propia Corte Suprema, en el primer caso, ya por autores nacionales, antes y durante la pandemia²). En lo demás, se valorará la posible tipicidad de dos hipótesis que aquella jurisprudencia anticipa en *obiter dicta*: (i) la hipótesis del *sujeto activo no contagiado* con SARS-CoV-2 y (ii) el caso de las *aglomeraciones* de personas. En fin, late en el trabajo, cual subtexto, un diálogo con la reciente propuesta hermenéutica ofrecida para la citada figura por Juan Pablo Mañalich. En ese contexto, se defenderá un esquema interpretativo de conexión exterior-empírica, por oposición a uno de conexión interior-normativa, desarrollado por el aludido autor.

Conviene introducir el asunto ofreciendo una imagen global de la aludida jurisprudencia para seguir luego con el análisis de sus planteamientos.

Inaugurada con la sentencia de la Corte Suprema de 25 de marzo de 2021 (en adelante SCS 25 marzo) y seguida por otros dos pronunciamientos en sintonía (de 20 y 23 de abril)³,

¹ Para el medio chileno esta nota carecería de sentido, pero en consideración a eventuales lectores extranjeros, especialmente italianos, debe decirse que se trata de la figura más usada y discutida en Chile en el marco del combate (sanitario y “punitivo”) a la pandemia de Covid-19. Originaria de 1874 y modificada en 1969 (ley n° 17.155) y luego en 2020, ya durante la pandemia en curso (ley n° 21.240), la figura del art. 318 CP chileno sanciona con pena alternativa de presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años) o multa de 6 a 200 UTM1 (≈ 351 € a 11.718 €) a cualquiera 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”. Junto con elevar las penas alternativas, la ley n° 21.240 introdujo una circunstancia agravante especial de efecto común: la de cometer el delito “mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio”. En fin, la reforma de 2020 autorizó un procedimiento sumamente simplificado (monitorio) que permite obtener condenas sin forma de juicio, contando con el consentimiento del imputado y siempre que el Ministerio Público requiera como pena única la multa en su monto más bajo. Distintos aspectos de esta normativa han sido abordados por el suscrito en dos notas aparecidas durante 2020 en *Criminal Justice Network* (cfr. el listado de bibliografía).

A continuación se ofrece una traducción de la disposición vigente:

Art. 318. *Colui che pone in pericolo la salute pubblica violando le regole igieniche o di salubrità debitamente rese pubbliche dall'autorità, durante una calamità, un'epidemia, un contagio, sarà punito con il presidio minore in grado minimo a medio [da 61 giorni a 3 anni] o la multa da 6 a 200 unità tributarie mensili [da 351 € a 11.718 €]. [comma 2] Sarà un'aggravante di tale reato il fatto di compierlo attraverso la messa in scena di spettacoli, celebrazioni o feste vietate dall'autorità sanitaria in tempi di catastrofe, pandemia o contagio. [comma 3] Nei casi in cui la Procura richieda solo una multa di sei unità tributarie mensili, procederà in qualsiasi momento secondo le regole generali della procedura di monitorio [procedura semplificata per contravvenzioni al modo di un'ingiunzione di pagamento], essendo applicabili le disposizioni dell'articolo 398 del Codice di Procedura Penale. Nel caso di multe più alte, si procederà secondo le regole della procedura semplificata.*

² LONDOÑO (2019), “Comentario al art. 318”, pp. 520 ss.; LONDOÑO (2020b/c), p. 26/pp. 429-430; y MAÑALICH (inédito), apartado 6.

³ Una compacta línea jurisprudencial hasta ahora conformada por tres sentencias: (1) la resolución de fecha 25.03.2021, en causa rol N°

esta valiosa línea jurisprudencial de la Segunda Sala rechaza la suficiencia del solo quebrantamiento del “toque de queda” para configurar el delito del art. 318 Código Penal. Entiéndase “el solo quebrantamiento” para significar que en los casos desestimados no concurrió ningún factor de peligrosidad distinto o adicional. Así, en todos los casos se trataba de uno o dos individuos (no contagiados con SARS-CoV-2) hallados circulando por la vía pública fuera del horario autorizado, sin contar con un permiso *ad hoc*, ni concurriendo —por cuanto aparece— circunstancia alguna que pudiese justificar o exculpar el quebrantamiento de la medida⁴.

Este es, entonces, el resultado neto de la comentada jurisprudencia: *el mero quebrantamiento del toque de queda no es típico⁵ bajo el art. 318 CP*. Y ahora esto es así, afortunadamente, no sólo para la Segunda Sala de la Corte Suprema: la instrucción del Fiscal Nacional de 4 de mayo de 2021⁶ —que toma nota de esta compacta línea jurisprudencial— vino pues a consolidar un estado de cosas parcialmente superador⁷ del a su tiempo denunciado “efecto cenicienta”⁸, cual política de persecución penal *contra legem*, administrativizadora de lo penal, vulneradora de garantías para la defensa y potencialmente discriminatoria.

Ahora bien, más importante para nuestros propósitos: ¿Cómo llegan los pronunciamientos de la Segunda Sala a esta solución y qué más se puede aprender en el camino?

1. Los tres pasos del razonamiento jurisprudencial

El razonamiento que cristaliza en aquella solución se deja resumir en tres nítidos pasos:

- (1) exégesis o atención al tenor literal del art. 318 CP, de lo que se sigue que no basta la sola infracción de determinadas normas sanitarias);
- (2) *pars destruens* o contenido dogmático crítico; es decir, en qué sentido no se trata aquí de una figura de *peligro abstracto*;
- (3) *pars construens* o contenido dogmático positivo; es decir, en qué sentido se trata aquí de un delito de *peligro hipotético* o *abstracto-concreto*; a la vez, la búsqueda de una conducta connotada de “especificidad”.

Por otra parte, los primeros dos pasos se encadenan de tal modo que, en su *iter*, la Corte anticipa escenarios de subsunción o exclusión que preliminarmente se seguirían de su reconstrucción: (i) de un lado, que la comisión del delito *no* se restringe a *autores contagiadas* con SARS-CoV-2 o *enfermos* de Covid-19; y, del otro, (ii) la preliminar subsunción de supuestos

125.436-2020, de la Corte Suprema (redacción R. Mera, concurrentes H. Brito, M. Valderrama, J. Zepeda y P. Tavolari), recaída en conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Cochrane, absolviendo respecto de la figura del art. 318 CP; (2) la resolución de fecha 20.04.2021, en causa rol N° 149.239-2020, de la Corte Suprema (redacción M. Valderrama, concurrente H. Brito, J. Dahm, L. Llanos y P. Tavolari) recaída en conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Talca, absolviendo respecto de la figura del art. 318 CP; y (3) la resolución de fecha 23.04.2021, en causa rol N° 131.966-2020, de la Corte Suprema (redacción H. Brito, concurrente M. Valderrama, J. Dahm, L. Llanos y R. Abuaud), recaída en conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Iquique, absolviendo respecto de la figura del art. 318 CP. En su contenido central no se aprecian diferencias mayores entre las tres sentencias, sin perjuicio de lo que se indicará más abajo. En lo demás, alguna diferencia se aprecia a favor de la SCS 25 marzo, por su sobria economía argumentativa.

⁴ Valga el siguiente como esquema de hechos válido para las tres aludidas sentencias: “[MIMC] fue sorprendido por personal militar en la vía pública de la ciudad de Cochrane, en compañía de otro sujeto, a las 22:20 del día 18 de abril de 2020, cuando regía horario de restricción domiciliaria nocturna, o toque de queda (que se extendía desde las 22 horas hasta las 5,00 horas del día siguiente), sin salvoconducto que lo autorizara” (SCS 25 de marzo, considerando 9°).

⁵ Cfr. el considerando 12 de la SCS 25 marzo, allí donde se hace ver que en la figura del art. 318 CP la tipicidad y la antijuridicidad material estarían especialmente imbricadas, por vía de la exigencia de peligro, de modo que la falta de la segunda impediría tener por configurado el tipo. Esta aproximación se acerca al modelo italiano de *ofensividad* (al bien jurídico) como elemento del *fatto di reato*: cfr., por ejemplo, MARINUCCI; DOLCINI; GATTA (2020), VI.7, pp. 255 y ss.

⁶ El que en lo pertinente reza (se han eliminado las negritas del original): “[...] existiendo a esta altura una postura asentada de nuestro principal tribunal de justicia bajo una serie de sentencias de unificación de jurisprudencia y habiendo escuchado previamente al Consejo General de Fiscales Regionales en su sesión extraordinaria del 19 de abril recién pasada, se estima necesario adecuar la política criminal del Ministerio Público a los criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema, sólo en lo que respecta al artículo 318 inciso primero del Código Penal: (1) Los fiscales deberán tener presente los criterios casuísticos asentados por la Excma. Corte Suprema, para casos de infracción al aislamiento nocturno, debiendo iniciar investigación penal sólo en aquellos casos donde se constate el riesgo hipotético requerido por la Excma. Corte Suprema. (2) En aquellos casos en que no se den los presupuestos del riesgo hipotético requerido por la jurisprudencia, al no tratarse de un asunto penal, los fiscales deberán informar a los funcionarios policiales encargados del procedimiento respectivo que el organismo facultado para imponer sanciones, ante la infracción sanitaria por ellos constatada, corresponde a la SEREMI de Salud competente. En supuestos como los descritos, los fiscales deberán sugerir a los funcionarios policiales la remisión de los antecedentes a la Autoridad Sanitaria correspondiente, actitud que se fundamenta en el principio de coordinación consagrado en el inciso 2° del art. 5° de la L.O.C. N° 18.575 y las demás reglas pertinentes del Código Sanitario. // En todo lo no modificado por lo instruido en los 2 puntos anteriores, continuarán vigentes los criterios de actuación fijados el 31 de agosto pasado. Para una mayor claridad se acompaña cuadro resumen con modificaciones y vigencia.”

⁷ Parcial en cuanto, por ahora, la política de persecución no ha excluido la hipótesis de mero quebrantamiento de la cuarentena comunal.

⁸ Cfr. LONDOÑO (2020d).

de *aglomeración* de personas. A mi juicio no hay en esto últimas conclusiones cerradas o definitivas, pues no venían al caso. Sobre estos supuestos se profundizará abajo en los apartados 1.3.1. y 2. En lo demás, anticipemos también que las sentencias no procuran elucidar el contenido de la noción de *salud pública*⁹.

Examinemos ahora los aludidos tres pasos.

1.1.

Primer paso. La simple lectura del precepto: no basta la sola infracción de determinadas normas sanitarias

La solución de la Segunda Sala se apoya primero en una atenta lectura del texto del art. 318 CP, lo que magistralmente la lleva a afirmar que:

“El Ministerio Público se equivoca en su requerimiento, cuando imputa la comisión del delito ‘de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad’. Ese delito no existe; existe en cambio el de poner en riesgo la salud pública mediante tales infracciones (...)” (SCS 25 de marzo, considerando 10º)

“Ese delito no existe...”. Bien haría el Ministerio Público en tomar nota, también allí donde pretenda perseguir supuestos de mera infracción distintos al del quebrantamiento del toque de queda.

Sobre esto no vale la pena ahondar. El punto es claro y basta leer la disposición.

Despejado este aspecto, la Corte queda pues en condiciones de ocuparse de la pregunta por el alcance de la fórmula *peligro para la salud pública* y, con ello, de concentrarse en la cuestión de la *antijuridicidad material*¹⁰. Muy bien se advierte este movimiento argumentativo en el siguiente pasaje de la SCS 25 marzo, cuyo contexto coincide con el rechazo a la objeción de inconstitucionalidad por indeterminación del tipo:

“porque no consiste la conducta típica simplemente en infringir tales reglamentos, es que el análisis debe deslizarse a la cuestión de la clase o naturaleza del peligro exigido, y de cómo la conducta del sentenciado generó, o no, ese peligro específicamente requerido por el tipo, con lo cual entramos al análisis no solo de la tipicidad sino, imbricada con ella, en tanto delito de peligro, a la cuestión de la antijuridicidad material de la conducta.” (SCS 25 marzo, considerando 5º)

⁹ Sobre lo cual, para ulteriores referencias, cfr. MAÑALICH (inédito), apartado 3, con una completa reconstrucción de la discusión nacional. Otro tanto, más sintéticamente, ya en LONDOÑO (2019a), “Comentario previo al § 14 de delitos contra la salud pública”, pp. 418 ss. Una síntesis de la noción empírica-dependiente favorecida en aquella publicación de 2019—en rechazo, por tanto, de una noción de salud pública como bien jurídico autónomo—institucionalizado— puede apreciarse quizás más fácilmente en LONDOÑO (2020a).

¹⁰ La noción —directamente conectada a la idea material-crítica de delito— está, como todo lo *material* (por oposición a lo *formal*) abierta a excesos y a críticas por el riesgo de exceso. Presupuesta una ineludible *tensión polar* entre los valores de *seguridad* y *justicia*, si la fórmula de *antijuridicidad material* (u *ofensividad*, para el contexto dogmático italiano) se esgrime unilateralmente en desmedro del primer valor, el desbalance queda al descubierto, problemáticamente. La tensión tiene además un correlato político-institucional, como es evidente, en la pugna entre poder legislativo y poder judicial. La constitucionalización del principio —marcadamente en Italia— parece diseñada para moderar estas tensiones, pero no es seguro que aquello se consiga del todo (más bien el conflicto se traslada hacia una tercera esfera). De cualquier modo, una apertura hacia lo *material* parece irrenunciable, tanto por razones de justicia (en sentido restrictivo de la punibilidad), como por necesidades de conexión con el mundo extra-normativo. En su horma, la tipicidad adquiere relieve, tridimensionalidad. Me parece que aquella es —decisivamente, por más que sobria y equilibradamente argumentada— la senda que abre Ángel Torío con su noción de *peligro hipotético*. Sobre esto se volverá más abajo. En nuestro medio, para una noción marcadamente material de la antijuridicidad (alojada en el nivel de la antijuridicidad y no en el de la tipicidad, concebida más bien formalmente), cfr. NOVOA MONREAL (1960), apartados 207 y 208, pp. 329-337. Para una aproximación al contenido dogmático-práctico del principio de ofensividad en Italia, cfr. MARINUCCI; DOLCINI; GATTA (2020), VI.7, pp. 255 ss. En el específico campo de los *delitos de peligro*, desde este punto de vista (realista o sensible a la ofensividad), fundacional resulta la contribución de GALLO (1969), pp. 1 ss. Igualmente central, por representar tanto la mejor expresión de la constitucionalización del principio como —en homenaje al legislador democrático— la conciencia del riesgo de su abuso en el marco de los delitos de peligro, cfr. BRICOLA (2017), cap. VIII, apartados vii y viii, pp. 318-330 y 335-339 [original italiano de 1973]. En fin, siempre para Italia, cfr. MARINUCCI (1971), pp. 165-167, haciendo eco de la crítica a los *delitos de peligro presunto* desde el punto de vista de la responsabilidad por el *hecho* como opuesta a la de *autor*, con notable apoyo en nuestros BUSTOS y POLITOFF (1968): cfr. MARINUCCI (1971), p. 167, nota 110, con referencia a la versión publicada por Bustos y Politoff en la RIDP en 1969. En perspectiva comparada, desde Chile, ineludible, CABEZAS (2013), pp. 85-120, por más que crítico de ciertos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en el ámbito de la ofensividad. En fin, para un rápido asomo a la discusión alemana en torno a la noción de *antijuridicidad material*, cfr. ROXIN (1997), §14 nm. 4-14, pp. 558-562, para la 2da edición traducida al castellano [Id. (2006), §14 nm. 4-14, pp. 601-605, para la 4ª edición alemana].

1.2. Segundo paso. *Pars destruens*: no se trata de una figura de peligro abstracto

El segundo paso supone ocuparse ya del sentido de la fórmula de *peligro*. Eficazmente, la Corte lo hace desplegando argumentos críticos (*pars destruens*) y constructivos (*pars construens*). Aunque ambas argumentaciones se entrelazan, por razones didácticas examinaremos primero los argumentos críticos.

En un pasaje central de la SCS 25 marzo, la Segunda Sala rechaza abiertamente una determinada lectura formalista del *peligro abstracto* como caracterizador de la figura. Dejémosle la palabra:

“(…) la ley exige que se ponga en peligro la salud pública. Castiga una conducta que *realmente* genere un riesgo para ese bien jurídico; no sanciona simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería lo propio de un delito de peligro abstracto” (SCS 25 marzo, considerando 6º; las cursivas son del suscrito)

El pasaje recién transcrito es, a mi parecer, de vital importancia para captar el alcance de esta jurisprudencia. Como puede apreciarse, existiría una *brecha* entre infracción y exigencia de peligro. Podría también hablarse de una suerte de *plus* respecto de la mera infracción¹¹. La Corte utiliza la noción de *especificidad del hecho* para hacer el punto, abriéndose así —me parece— a una de las novedades que supuso la original introducción de la noción de *peligro abstracto-concreto*: la dimensión probatoria¹². Examinemos el siguiente pasaje:

“cabe recordar los hechos ya inamoviblemente asentados por el tribunal de instancia, para analizar, a su tenor, si ellos, en su *especificidad* y no como simple conducta formal de infracción a reglamentos sanitarios, son o no idóneos para generar ese peligro a la salud pública, que los haría típicos y, además, antijurídicos”. (SCS 25 marzo, considerando 8º; las cursivas son del suscrito)

La búsqueda de esta *especificidad* se condice con la *individualización* postulada por quien en España acuñara la voz “peligro hipotético” usada ahora por la Segunda Sala en esta línea jurisprudencial¹³. Sobre esto volveremos, con más detalles, hacia el final del apartado 2.

Estamos ahora en condiciones de entrar en la *pars construens* de esta jurisprudencia: si no basta la sola infracción sanitaria y si no se trata aquí de un delito de *peligro abstracto* “puro y duro”¹⁴, ¿de qué se trata entonces? ¿Qué noción de peligro se acomoda a la búsqueda de aquella

¹¹ En tal sentido, LONDOÑO (2020b), p. 26; en versión ligeramente modificada, citada aquí como LONDOÑO (2020c), pp. 401-434, p. 430. En el mismo sentido, KRAUSE (2020), p. 62; igualmente, VARGAS y HOYL (2020), p. 84; y MALDONADO (2020) 4.b.

¹² Esta noción “intermedia” de peligro se fue abriendo paso de la mano de dos esfuerzos: ya en el marco de una crítica a los delitos de peligro abstracto (intentando su reinterpretación en pos de un peligro latente o implícito o, en cualquier caso, de un modo compatible con el principio de culpabilidad), ya para el etiquetamiento de figuras de derecho positivo no clasificables bajo alguna de las dos categorías tradicionales de peligro (cfr. KUHLEN [2012], pp. 225-227). En ese *iter*, la fórmula de *peligro abstracto-concreto* se deja caracterizar en dos momentos históricos de la discusión dogmática: (i) primero, distinguiéndose del *peligro abstracto* puro, con Schröder, con base en una distinción anclada en la división del trabajo entre legislador y judicatura y, por tanto, con distinción en el plano *probatorio* (cfr. SCHRÖDER [1967], pp. 522-525); (ii) luego, a partir de Gallas, anclándose la distinción —ahora con respecto al peligro concreto— con referencia al *objeto* puesto en peligro: objeto determinado-peligro concreto; objeto indeterminado-peligro abstracto (en tal sentido, cfr. HIRSCH [2009], pp. 159-160). Esta historia deja su impronta en la noción de delito de *aptitud* al uso, la que toma aspectos de un polo y otro de la distinción (el polo probatorio y el polo del objeto). Con meridiana claridad, esto se aprecia en la siguiente definición ofrecida por Hernández: delitos de aptitud o idoneidad serían “aquellos que exigen que la conducta concreta [en su especificidad, diría la SCS 25 marzo] sea *en general* apta o idónea para lesionar el bien jurídico, [1] lo que debe poder afirmarse en la especie, [2] pero que prescinden de un peligro concreto para alguien o algo determinado” (HERNÁNDEZ [2016], p. 179; cursiva e interpolaciones entre corchetes [...] no en el original). Con esta reconstrucción se espera haber contribuido a explicar el por qué del uso “refundido” de las nociones de *peligro abstracto-concreto* y de *delito de aptitud o idoneidad*, cuya distinción o separación afirman VARGAS y HOYL (2020), p. 80. En lo demás, debe decirse que la variedad de nomenclaturas usadas por los autores puede generar desaliento, cual sensación de una *Babel* terminológica. En el amplio marco de este debate se ha hablado, pues, de *delitos de: peligro abstracto-concreto* (Schröder, 1967); *peligro posible* (Gallas, 1972); *peligro hipotético* (Torio, 1981); *idoneidad o aptitud* (Hoyer, 1987); *peligrosidad concreta* (Hirsch, 1993); *puesta en peligro potencial* (Zieschang, 1998). Aunque la fórmula de Schröder no tiene ya el contenido que le dio su autor, originalmente, tiene el mérito de sugerir el doble contrapunto. En lo demás, la fórmula de *aptitud o idoneidad* ha llegado a ser hoy la de uso más común. Para ulteriores referencias, cfr., entre nosotros, MALDONADO (2006), pp. 49-50 y VARGAS (2007), pp. 331 ss.

¹³ En palabras de Ángel Torio: “La valoración del caso individual, como genialmente indicó Binding, es lo decisivo en los delitos de peligro” (TORIO [1981] p. 846). El llamado a la *individualización* es uno de los puntos dominantes en el apartado IX (Ibidem, pp. 843 ss.) del trabajo de Torio, siempre en el marco del rechazo a la lógica probabilística, y declarándose siempre del lado de Binding en esto.

¹⁴ Con fines didácticos —espero no del todo confusos— me permito motejar así, como “peligro abstracto puro y duro”, la noción de peligro abstracto dominante en el debate alemán, opinión dominante que dos reputados comentaristas del StGB alemán sintetizan en estos términos: “En los delitos de peligro abstracto basta la subsunción de los hechos bajo el tipo; no hay un peligro que deba acreditarse ni imputarse subjetivamente”: así, KINDHÄUSER; HILGENDORF, § Vor 13 Rn. 267, p. 143; traducción libre del suscrito). En lo demás, véase *infra* la nota al pie 19 en lo relativo al estatus dogmático de los delitos de aptitud para Alemania e Italia.

especificidad del hecho?

1.3.

Tercer paso. Pars construens: se trata de un delito de peligro hipotético o abstracto-concreto; a la vez, la búsqueda de una conducta connotada de “especificidad”

Según se ha anticipado, la Corte ofrece su solución a partir de una pre-comprensión de la figura cual delito de *peligro hipotético* o de *peligro abstracto-concreto*¹⁵⁻¹⁶. También aquí veamos qué dice la Segunda Sala, en sus propios términos:

“Que respondiendo a la pregunta acerca de la naturaleza del peligro propio de la figura que analizamos, puede entenderse por algunos que se trata de un ilícito de peligro concreto y, por otros, de peligro abstracto, e inclusive hay una tercera posibilidad, según veremos.” (SCS 25 marzo, considerando 6º)

Y ahora la Corte se vale de los dos extremos de la noción de *delito de peligro* para ofrecer una solución “intermedia”. Y es que tras descartar que se trate de un *peligro abstracto* (como hemos visto) y apoyarse luego en una comparación que sugeriría afirmar un *peligro concreto* para el nuevo art. 318 bis¹⁷, la Corte responde, notablemente:

“(…) la comparación de los dos tipos penales referidos [arts. 318 y 318 bis], a lo sumo conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o ‘abstracto-concreto’, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, *sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios*, como sería el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal” (SCS 25 marzo, considerando 6º; las cursivas son del suscrito)

Peligro hipotético o *abstracto-concreto* para la figura del art. 318 CP. Ya veremos qué significa aquello en positivo, pero por ahora reiteremos que el peligro exigido *no* es “inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios”. En un *plano teórico*, la exclusión de aquella inherencia obliga al intérprete a darle contenido material a la fórmula de *peligro para la salud pública*. En el plano *práctico-probatorio*, ello lleva al juez a la búsqueda de una *especificidad* que se condiga con aquel contenido teórico. Para la Corte, la noción de *peligro hipotético* o *abstracto-concreto* permitiría trabajar en ambos sentidos¹⁸. Esto ha de celebrarse.

En lo demás, hace bien la Corte en evitar disputas poco conducentes para sus propósitos prácticos (¿es esta categoría “intermedia” una auténtica categoría intermedia o más bien una modalidad del *peligro abstracto*?¹⁹). En nuestra disciplina los conceptos se sopesan antes que

¹⁵ En el contexto argumentativo de estas sentencias el énfasis está puesto desde el comienzo en el rechazo a una determinada noción de *peligro abstracto* y en el contraste con la figura del art. 318 bis CP. Se afirma así que “la comparación de los dos tipos penales referidos, a lo sumo conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada peligro hipotético, o ‘abstracto-concreto’ (…)” (SCS 25 marzo, considerando 6º).

¹⁶ Mientras que en *obiter dicta* sugiere una lectura de *peligro concreto* para la nueva figura del art. 318 bis CP. Esto es así fundamentalmente en las resoluciones de 20.04.2021 y 23.04.2021 de la Corte Suprema, considerandos 4º y 5º, respectivamente. En la SCS 25 de marzo el punto es más bien hipotético-argumentativo: “Se puede contra argumentar que el artículo 318 bis del Código Penal sí que contiene una exigencia de peligro concreto, pues es en él donde el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y por ende a un peligro específico y, en definitiva, concreto; pero, a todo evento, ello no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318: ‘El que pusiere en peligro la salud pública.’” (SCS 25 marzo, considerando 6º).

¹⁷ Véase la nota al pie precedente.

¹⁸ Cfr. *supra* la nota al pie 12 con síntesis de la evolución de estas nociones y con referencia a una definición que cristaliza en los dos polos de aquella evolución: el polo probatorio y el polo del objeto del peligro.

¹⁹ Mientras que en el contexto italiano esta categoría “intermedia” de *aptitud* o de *peligro abstracto-concreto* tiende a emparentarse a la noción de *peligro concreto*, en el contexto alemán — como *Eignungsdelikte*— se asocia a la fórmula del peligro abstracto. Sobre el punto, para Italia, cfr. DONINI (2014), apartado 8, p. 632. Igualmente, cfr. ROMANO (2004), nms. 108, 112 y 113 [allí con referencias a Angioni y Grasso], especialmente, pp. 338-342, también con referencia a los supuestos de *delitos de conducta peligrosa* o sin resultado de peligro, que bien podrían considerarse equivalentes funcionales. Para Alemania, cfr. Roxin (1997), § 10 nm. 123 y § 11 nm. 127 (en la 4ª edición alemana, § 10 nm. 124 y § 11 nm. 162). Me aventuro a sugerir que tal diferencia de sensibilidades clasificatorias se deja explicar por el distinto peso que el principio de lesividad u ofensividad tiene en uno u otro sistema, lo que al menos en el caso italiano se conecta directamente al trasfondo realista-objetivista de su dogmática penal: al respecto, exploratoriamente y en perspectiva comparada, cfr. LONDOÑO (2019b), pp. 1953 ss. Como sea, debe decirse que esta categoría “intermedia” ha recibido en Italia una comparativamente menor atención que en Alemania o España. Eso explica, a mi juicio, (i) la creación de la noción de “peligro real” [*pericolo reale*] para contrastar el déficit de legitimación que supone el *peligro abstracto* entendido como *peligro presunto*; así como (ii) la por momentos brusca polaridad en el etiquetamiento de ciertas figuras: sobre ambos aspectos, cfr. BRUCCELLARIA (2011), “Art. 439” y “Art. 440”, pp. 4506-4507 y pp. 4521-4524, con referencia a los delitos envenamiento de aguas o de sustancias alimenticias (art. 439) y de adulteración y falsificación de sustancias alimenticias (art. 440), en parte equivalentes funcionales del art. 315 CP chileno. Sobre la noción de *peligro real*, ampliamente, cfr. D’ALESSANDRO (2011), pp. 172 ss., quien por lo demás se muestra

nada por sus efectos prácticos y eso hace la Corte, completando la *pars construens* y abriéndose a nuevas consideraciones:

“Esta categoría intermedia ha sido considerada por algunos autores como una variante de la de peligro abstracto y puede que así sea, pero lo relevante es delimitar sus alcances y las consecuencias de su aplicación en el caso sublite. Ante todo, y contra lo que parece creer la defensa, de concluir que la figura del artículo 318 es un delito de peligro abstracto-concreto, no se sigue que el ilícito solo lo pueda cometer una persona contagiada de Covid-19.” (SCS 25 marzo, considerando 7°)

La Corte entiende entonces que esta categoría intermedia de peligro no conduce a limitar el círculos de sujetos activos del delito a los solos contagiados. ¿Qué puede decirse al respecto?

1.3.1. *La comisión del art. 318 CP por personas no contagiadas. Acierto y límites*

Lleva razón la Corte, creo, afirmando que el círculo de sujetos activos de la figura del art. 318 CP no se limita a los contagiados con SARS-CoV-2. Sobre esto ya se ha dicho bastante y se ha hecho ver, entre otras hipótesis, que muy bien puede cometer este delito un funcionario público que, infringiendo medidas sanitarias dictadas por una autoridad superior, incrementa los riesgos de difusión del contagio²⁰. A mayor abundamiento, puede también traerse a colación el nuevo inciso segundo del art. 318 CP, por lo que se refiere a la convocatoria (rectius: *realización*²¹) de reuniones prohibidas en tiempos de pandemia (con vulneración del aforo, se comprende)²². Sobre esto se volverá más abajo, en el apartado 2.

Una posible observación crítica apuntaría, sin embargo, en otro sentido. El señalamiento con cursivas en los pasajes citados de la SCS 25 marzo ha venido preparando esta observación: y es que —en los propios términos de la Segunda Sala— ha de tratarse de “una conducta que *realmente* genere un riesgo para ese bien jurídico” y debe ser tal en su *especificidad*, cual conducta apta o idónea para generar tal peligro, “sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como *inherente* a la infracción de los reglamentos sanitarios”. Pues bien, si el criterio de *aptitud* es el de la *realidad* y no uno *a priori* o *inherente* a la infracción sanitaria, ¿como podría hablarse de peligro allí donde el SARS-CoV-2 no haga su aparición en algún espacio de la escena —para decirlo gráficamente— en el contexto generado o imputable al sujeto activo? ¿Y qué *especificidad* sería aquella determinable *a priori*, a partir de la infracción de determinada normativa, con prescindencia de las particularidades básicas del caso²³, entre la cuales —dado que se trata aquí de prevenir la expansión del contagio— la presencia del agente patógeno (SARS-CoV-2) aparece como ineludible? Si la figura ha de hacer cuentas con la realidad —si, se insiste, el criterio de aptitud no ha de construirse desde lo puramente normativo²⁴— ¿cómo podría renunciarse a la exigencia de semejante factor empírico? Lo anterior, se entiende, sea o no portador del virus el sujeto llamado a responder por la puesta en peligro típica.

Más allá de lo que pueda desprenderse del *dictum* jurisprudencial analizado (sobre cuyo alcance podrá siempre discutirse), a juicio del suscrito lo anterior explica las mejores razones de una comprensión de la figura en clave *exterior-empírica*²⁵, según se explicará más abajo, en el apartado 2.

crítico de la noción de peligro abstracto-concreto (cfr. op. cit. pp. 156 ss.).

²⁰ Cfr. LONDOÑO (2020c), apartado IV.2, p. 424 [también en LONDOÑO (2020b), IV.2, p. 21].

²¹ Cfr. MAÑALICH (inédito), apartado 6.4, pp. 53-54 en ese sentido.

²² Cfr. LONDOÑO, 2020c, p. 431 [también en LONDOÑO (2020b), p. 27].

²³ Particularidades básicas que han de considerarse para una prognosis de aptitud que, sin considerar todas las circunstancias del caso concreto (prognosis sobre *base total* compatible con la noción de peligro concreto: cfr. MARINUCCI; DOLCINI; GATTA (2020), VI.7.5.2, p. 263), consideren cuanto menos aquellas asociadas a la conducta del hechor. En lo demás, cfr. *infra* 2.1.

²⁴ En este punto se aprecia mi discrepancia respecto de la propuesta hermenéutica ofrecida por Juan Pablo Mañalich para la aptitud caracterizadora de la figura del art. 318 CP: cfr. *infra* notas al pie 36, 37 y 38.

²⁵ Fórmula para la comprensión del peligro exigido (apelante a factores empíricos, “por fuera” y añadida a la sola infracción sanitaria) y que aquí se usa en contraste con la interesante propuesta hermenéutica ofrecida por Juan Pablo Mañalich, de conexión interior-normativa, como el citado autor la entiende: cfr. MAÑALICH (inédito), apartado 6.2. Para un esquema sobre los ángulos de la discrepancia, cfr. LONDOÑO (2020c), pp. 412-413, nota al pie 33. En lo demás, con mayor detalle, véanse *infra* las notas al pie 36, 37 y 38.

1.3.2. 1.3.2. Continuación del tercer paso

Pero esta observación crítica nos desvió del camino. Conviene retomar el hilo del razonamiento jurisprudencial.

Ya hemos visto que la noción de *peligro hipotético* o *abstracto-concreto* es compatible con la imputación del delito del art. 318 CP a un sujeto activo no contagiado (siempre que —esta es mi opinión— el contexto sea uno de posible exposición al contagio). Pero hay algo más y es importante. ¿Qué entiende la Corte por *peligro hipotético*?

El considerando 11º de la SCS 25 de marzo nos ofrece una primera aproximación negativa; es decir, nos advierte sobre un supuesto que *no* satisface la exigencia de semejante peligro:

“la acción de deambular a las 22,20 de la noche por una calle [...], por la que hasta veinte minutos antes podía transitar sin restricción [¡la paradoja del efecto cenicienta!], por más infractora de normas administrativo reglamentarias que sea, y por más sancionable que resulte a ese tenor meramente administrativo, no representa ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en estos tiempos de pandemia.” (SCS 25 marzo, considerando 11, entre corchetes [...] interpolación del suscrito)

La Corte prosigue con un examen de las finalidades de las medidas sanitarias²⁶ cuyo reforzamiento penal estaría en discusión:

“el toque de queda tiene la finalidad, en lo que a lo estrictamente sanitario se refiere, de evitar ese transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que —ellas sí— son a lo menos hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo.” (SCS 25 marzo, considerando 11)

En fin, la Corte remata advirtiendo una vez más sobre la preliminar punibilidad de un supuesto de *aglomeración* de personas:

“La infracción al toque de queda, entonces, no es per se generadora de riesgo, por más que sí sea per se infractora —y sancionable— en sede no penal. Será punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, como se dijo que ocurriría si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de muchas personas, pero eso no se imputa en este caso.” (SCS 25 marzo, considerando 11)

2. ¿Aglomeraciones punibles sin más? Sobre el peligro hipotético en Ángel Torío. La realidad (y no la norma) como criterio de la aptitud. La derrotabilidad de la peligrosidad imputada

Como se ha anticipado, aquí hay ya algo más que la sola exclusión del supuesto *sub lite*: las aglomeraciones sí serían hipotéticamente peligrosas en opinión de la Segunda Sala. Cabe todavía preguntarse si *a todo evento*, sin más, o bajo determinados presupuestos, dependiendo de la *especificidad del hecho*, para usar el mismo lenguaje de la SCS 25 marzo.

Aquí sería necesario colocar esta jurisprudencia en un contexto dogmático más amplio, interrogándonos por los posibles caminos hermenéuticos para darle contenido cabal a la fórmula de peligrosidad. Tal contexto no puede ser ofrecido aquí, se comprende, pero al menos una rápida idea puede dejarse apuntada. ¿Y qué mejor que valerse para ello de quien acuñara la fórmula de *peligro hipotético* usada ahora por la Corte? Como se sabe, la fórmula se deba al penalista español Ángel Torío, a partir de un influyente trabajo publicado en 1981²⁷.

A su juicio, en esta clase de delitos:

“es necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador”²⁸.

Y luego agrega:

“Los delitos de peligro hipotético son, pues, delitos de peligro posible. La imposibilidad de

²⁶ En esta consideración late preliminarmente una aproximación interior-normativa como la favorecida por Juan Pablo Mañalich, sobre lo cual cfr. la nota al pie precedente.

²⁷ Torío (1981).

²⁸ Torío (1981), p. 838.

la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad”²⁹.

Puestas estas definiciones en un contexto más amplio, comprensivo de las dos modalidades clásicas de peligro, Torío distingue entre *realidad* de peligro (predicada en su concepto para los delitos de peligro concreto), *posibilidad* de peligro (para los delitos de peligro hipotético) y *mera coincidencia formal entre acción y descripción legislativa* (con alusión a los delitos de peligro abstracto puros o no connotados por la exigencia de peligro hipotético).

Pero para dar con la idea de cierre de este trabajo, conviene volver sobre la faz negativa de la noción de peligro *hipotético* como peligro *posible*. Como se dijo arriba, para Torío “la imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad”³⁰. Esta definición negativa permite tomarle el pulso a la fórmula. Y es que aunque no se trate para Torío de una *realidad* de peligro (coincidente con el peligro concreto, en su noción), lo cierto es que aquella apertura a la (*im*)*posibilidad* de peligro hace toda la diferencia en términos de apertura a lo empírico-real como criterio de *aptitud* de la conducta. ¿No es acaso precisamente *imposible* una puesta en peligro para la salud pública —entendida como puesta en peligro de un número indeterminado de personas— allí donde esté ausente el agente patógeno? En la ausencia de este elemento empírico se halla la base para la *derrotabilidad* de la peligrosidad imputada a una conducta cualquiera.

Para abordar esta perspectiva podemos también servirnos de la idea de Torío de *contacto posible* entre acción y objeto de protección. En sus propios términos:

“[...] los delitos de peligro presuponen la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección. En la hipótesis de que éste no pueda entrar en el radio de efectividad del acto está excluida la tipicidad.”³¹

El punto me parece binario en su claridad: a falta de un factor empírico de idoneidad (esto es, a falta de una conexión posible entre la conducta y el objeto último de protección, en su ineludible dimensión empírica) no puede derechamente hablarse de una hipótesis de peligro, no al menos si a aquella fórmula quiere dársele un alcance distinto al del peligro abstracto “puro y duro”³².

Lo anterior resulta claro en el marco del párrafo de *delitos contra la salud pública*, en el que se ubica el art. 318 CP: ¿no es acaso la *nocividad* —algo empíricamente constatable— lo que configura el *peligro posible* (la *aptitud*) en las figuras de fabricación y expendio de sustancias (medicinales, alimenticias o de cualquier otro tipo) de los arts. 313d y 315 CP³³?

Pero hay más. Piénsese en los delitos de *peligro abstracto* puro, bien asentados entre nosotros: *tráfico de droga, tenencia o porte ilegal de armas o manejo en estado de ebriedad*. ¿No exigimos acaso a su respecto la concurrencia de un elemento objetivo (empírico) de peligrosidad, cual la *droga*, el *arma* o una determinada dosis de *alcohol en la sangre*? Exigir su concurrencia no supone transformar la figura en una de peligro concreto, sino meramente honrar la tipicidad. Si faltan aquellos elementos la conducta es derechamente atípica, sin más: se habla de *delito imposible*, precisamente, desde una cierta teoría de la *tentativa*. El paralelismo con el *peligro (im)posible* está muy a la mano. Aunque este paralelismo pueda parecer muy “italiano”³⁴, ciertamente Torío no lo habría desaprobado³⁵. ¿Por qué entonces hemos de aceptar una solución menos exigente para un delito como el art. 318 CP, ahora proclamado como de peligro *abstracto-concreto* o de *peligro hipotético*, cual categoría “intermedia”? ¿Cómo es que nos conformamos con menos de lo que aceptaríamos para una hipótesis dura de peligro abstracto? Personalmen-

²⁹ Torío (1981), p. 838.

³⁰ Torío (1981), p. 838.

³¹ Torío (1981), p. 842.

³² Es decir, no derrotable en base a consideraciones extrínsecas a la mera infracción. Cfr. *supra* la nota al pie 14, con referencia a la noción de peligro abstracto dominante en el contexto alemán.

³³ Sobre lo cual cfr. LONDOÑO (2019a), “Comentario a los arts. 313d y 315”, p. 458, 465-467 y 495-497.

³⁴ Habida cuenta de la relación entre el inciso 2º del art. 49 y el art. 56 del CP italiano y el extenso debate doctrinario que tal relación ha suscitado: al respecto, cfr. por todos, ROMANO (2004), “Pre-Art. 39”, nm. 107, p. 338, poniendo en evidencia la semejanza, aunque también distinguiéndolos en razón del tipo subjetivo. En lo demás, el aludido debate discurre en torno a la autónoma centralidad (o no) del inciso 2º del art. 49 (como disposición basal para la concepción realista del delito y el principio de ofensividad): al respecto, con detalles (rechazando tal centralidad), cfr. ROMANO (2004), “Art. 49”, nm. 19, 512 ss.

³⁵ Cfr. Torío (1981), pp. 842-843: “También en el sentido de Binding, los delitos de peligro presuponen la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección. En la hipótesis de que éste no pueda entrar en el radio de efectividad del acto está excluida la tipicidad.” (p. 842) Y luego, conectando con aquel pasaje: “En el caso de que la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección se encuentre excluida surge una situación formalmente correlativa a la de la tentativa imposible por inexistencia o ausencia del objeto material. No es posible por ello hablar de consumación pese a la coincidencia formal del comportamiento con la descripción típica.” (p. 843).

te no lo entiendo³⁶.

Se dirá que los aludidos elementos empíricos han sido explícitamente exigidos por el legislador (*droga, arma o alcohol en la sangre*). Y se dirá que ese no es el caso del art. 318 CP. Cierto. Pero también lo es que el legislador ha exigido expresamente una *puesta en peligro para la salud pública*. A esa exigencia habrá pues que darle un alcance más preciso, entre los varios imaginables³⁷. Ahora bien, si tal puesta en peligro *no* se refiere a una realidad institucional o subjetiva (como serían, por ejemplo, las *condiciones para una circulación despreocupada o subjetivamente segura durante la pandemia*³⁸), sino a una realidad eminentemente empírica (la salud de

³⁶ El rechazo de Mañalich a una solución hermenéutica que se apoye en un factor de conexión exterior (o empírico, en los términos aquí explicados) se deja resumir en estos términos: la vaguedad o radical indeterminación semántica del art. 318 CP (cfr. MAÑALICH [inédito], apartado 5.3) impide reconocer “especificación alguna del posible soporte de una aptitud abstracta de lesión para la salud individual” (MAÑALICH [inédito], apartado 6.2). Se renuncia así a traer un criterio de aptitud “desde afuera” de la norma positiva (o “implícito” en la norma positiva, en mi lectura más optimista). La paradoja es que aquella indeterminación no le impide al autor fundamentar la aptitud abstracta de lesión en el segmento más problemático del tipo; a saber, la clase de regla higiénica o de salubridad infringida. Con ello, a mi juicio, no se aparta suficientemente del peligro abstracto “puro y duro” (cfr. *supra* nota al pie 14) y lo hace, además, descansando —en buena medida— en normas de conducta de fuente infra-legal. Por lo demás, el criterio para la discriminación de las infracciones que satisfacen o no la aptitud abstracta es en parte incierto (y no deja de ser intelectualmente “exterior”, en rigor). La administración de la conexión interior-normativa se presta, por tanto, para manipulaciones en el caso concreto. La propuesta de Mañalich tiene, de cualquier modo, el gran mérito de favorecer la exclusión de los dos casos más aberrantes de aplicación del art. 318 CP en tiempos de pandemia: a saber, los meros quebrantamientos de toque de queda y de cuarentena comunal (no llega en cambio a la misma conclusión NAVAS [2020], pp. 71-72, adhiriendo también él a una noción del peligro abstracto *alla* Kindhäuser y, sobre esa base, considerando comprendido en el art. 318 CP cuanto menos el supuesto de mero quebrantamiento del toque de queda). En lo demás, subyace a la propuesta de Mañalich una coherente aproximación hermenéutica, que el autor hace suya “cueste lo que cueste”. Al respecto véase la nota al pie siguiente.

³⁷ Se va así en busca de un criterio que sirva de soporte para la aptitud o peligrosidad y se halla aquel en el campo empírico, como empírica es la connotación de la salud pública entendida como fórmula de peligro común referida a la salud individual (de un conjunto indeterminadamente grande de personas). Tal criterio es fácilmente reconocible y, en el contexto de aplicación del art. 318 CP que hoy viene a cuento, todavía bajo una pandemia de contagio de un virus determinado (y sus variantes), se trata de un criterio que hace sentido desde la experiencia jurídico-social (cfr. LONDOÑO [2020c], p. 430): desde ya porque el contagio pasa ineludiblemente por aquella dimensión empírica. Esta operación hermenéutica puede quizás motejarse de “voluntarista”, pero tiene la ventaja de limitar la aplicabilidad del tipo a casos centrales de infracción a las reglas sanitarias. La aproximación de mi querido colega Mañalich (sobre la cual cfr. la nota anterior, entre otras en este trabajo), se nos presenta en cambio como la de quien quisiera dejarlo todo intacto, coherentemente con su *forma mentis* positivista. Y lo hace, como buen positivista, cueste lo que cueste, pues a la vez reconoce que el tipo del art. 318 CP no satisface el estándar constitucional de determinación legal (cfr. MAÑALICH [inédito], apartado 5.3). Y con razón puede nuestro autor considerarse satisfecho si ahora una mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado la inaplicabilidad del art. 318 CP, precisamente por tal déficit de determinación: STC Rol N° 9632-2020 de 1 de julio de 2021. Se trata de uno de varios pronunciamientos idénticos, con mayoría alcanzada por los ministros Romero, Aróstica, Letelier, Pica, Pozo y Vásquez; una minoría conformada por García, Fernández, Brahm y Silva habría en cambio considerado satisfecho el estándar constitucional de determinación.

³⁸ En tales términos me permitiría reconstruir (para el tipo que aquí nos ocupa, se entiende) la propuesta de legitimación de los delitos de peligro de Urs Kindhäuser. No se ha tenido aquí a la vista su seminal monografía de 1989 (*Gefährdung als Straftat*), pero su crítica a lo que denomina *paradigma de la agresión* y su comprensión de la puesta en peligro abstracta como injusto autónomo, en términos de afectación de las *condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien* pueden apreciarse en KINDHÄUSER (2009). A mi juicio, una política de persecución penal que no se vea limitada por un factor de peligrosidad empírico se aviene mejor a un modelo de fundamentación del peligro abstracto como el formulado por Kindhäuser, en términos de *seguridad* normativamente garantizada (siguiendo la propuesta de Kindhäuser, con aplicación para su lectura del art. 318 CP, cfr. MAÑALICH [inédito], apartados 4.1 y ss.; igualmente, NAVAS [2020], pp. 71-72), antes que a una noción de salud pública como “metáfora” del peligro común para un número indeterminado de personas de carne y hueso (que es en cambio aquella a la que adhiere Mañalich: cfr. *Ibidem*, apartado 3.1.; y lo es también la de NAVAS [2020], p. 71). En lo demás, para una crítica a la fundamentación del peligro abstracto en Kindhäuser, entre otros, cfr. HIRSCH (2009), apartado IV, pp. 177 ss. (aludiendo a la noción de *seguridad* como a un bien jurídico “imaginario”); TIEDEMANN (2009), § 1 nm. 60, nota al pie 65 en p. 86 (considerando “demasiado amplia [...] la tendencia hacia una legitimación prácticamente ilimitada de los delitos de peligro abstracto a través del punto de vista de la seguridad” [original alemán de 2004, *Wirtschafts Strafrecht*. AT, p. 30]; y STELLA (2003), pp. 522 ss. Las críticas de Hirsch y Stella pueden considerarse casi descontadas, dadas sus orientaciones generales para el derecho penal, pero cuando un autor como Tiedemann —no precisamente un crítico de la categoría del peligro abstracto— llega a decir que la fundamentación de Kindhäuser conduce a una legitimación ilimitada de aquella categoría, se trata ya de una crítica que debe tomarse muy en serio. Aunque una crítica a la fundamentación del peligro abstracto con base en la *seguridad normativamente garantizada* merecería un espacio que aquí no es posible desarrollar (y una confrontación con la monografía seminal sería ineludible), no puedo no anticipar lo siguiente: (i) no me encuentro en condiciones de suscribir una noción práctica o “conductiva” del peligro (como la concebida por Kindhäuser), por oposición a una de corte teórico-epistémico, para decirlo en los términos usados por Mañalich para caracterizar los polos en juego: cfr. *supra*, MAÑALICH, inédito, apartado 4.2. Si no leo mal el asunto, tampoco Torío suscribiría una noción práctica de peligro, como lo revela la derrotabilidad empírica asociada a la noción de *peligro posible* en su plantamiento: cfr. TORÍO, 1981, p. 838. En segundo lugar, (ii) diría que la fundamentación ofrecida por Kindhäuser para los delitos de peligro parece más a tono con la noción de *riesgo*, en línea con el principio de precaución y en la lógica preventiva *del sancionador administrativo* (sobre el concepto de *riesgo* y su problemática distinción con el de peligro en el derecho penal, cfr. DONINI, 2014, apartado 8, pp. 631 ss.). Y en fin, y ya en un plano más bien especulativo-“artístico”, (iii) diría que tal fundamentación parece altamente inadecuada para realidades sociales en las que la *inseguridad* es la regla y la seguridad la excepción. Un juicio concreto sobre qué tipo de realidad social impera en nuestro país, es algo que conviene dejar entregado al lector. Con todo, me atrevo a decir que si nuestro autor alemán conociese “las reglas que gobiernan *El obsceno pájaro de la noche*” (“la duda, la inseguridad”, según la confesión de su propio autor: DONOSO, José [2021], “Claves de un delirio. Los trazos de la memoria en la gestación de *El obsceno pájaro de la noche*”, en *Id.*, *El obsceno pájaro de la noche*, Colombia, Penguin Random House, p. 675) y si acaso es cierto que esa obra maestra, cual “perfecta reconstrucción paralogica del universo” (DONOSO, 2021, p. 672), es la *objetividad pura* de experiencias arrancadas desde el Chile profundo, entonces sería quizás el propio Kindhäuser el primero en admitir que la “seguridad normativamente garantizada” no tiene *residencia en nuestra tierra*; no en el Chile “eriazco, remoto y presuntuoso” de Lihn.

un número indeterminado de personas [de carne y hueso, agregaría]), ¿cómo podría entonces no exigirse la presencia del agente patógeno como condición básica (necesaria, que no suficiente) para entender configurado el peligro para la salud pública así entendida? ¿Puede acaso haber *contagio y enfermedad* sin ese factor? Faltaría el contacto posible entre acción y objeto de protección, en los ya citados términos de Torío. Faltaría el *peligro posible*: “la imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad”³⁹.

Puede aquí evocarse un pasaje de la Normas de Binding:

“[...] el derecho positivo no puede conjurar una conexión causal donde aquella no existe.”⁴⁰

O bien, en las icónicas palabras de Federico Stella, y que tanto más cobran sentido con referencia a los delitos de aptitud o de peligro hipotético:

“El peligro abstracto no puede ser confundido con el peligro imaginario, y debe ser entendido como peligro real.”⁴¹

No ha de bastar pues con la sola aglomeración de personas, por mucho que la *probabilidad* de presencia del virus sea más alta en una aglomeración de personas que en una pareja o trío de personas. Afirmar aquello es trivial: como lo es que en un universo de cien personas es más probable encontrar a alguien con armas que en un conjunto de dos o tres personas. Nada más que probabilidades... Lo relevante —para efectos del tipo penal de porte de armas— es *si acaso alguna de ellas tenía armas o no*. De otro modo no se realiza el delito de porte ilegal de armas, por más que sea probable su perpetración allí donde encontremos a cientos de personas reunidas, tanto más si en horas y lugares especialmente propicios para el porte. Que las “redadas” obedezcan muchas veces a aquella lógica “probabilística” (cuando no discriminatoria...) es una razón más para que el derecho penal se aparte de ese camino.

Aquí conviene, una vez más, cederle la palabra a Torío, quien a su turno se apoya en Binding:

“En la dogmática naturalista, mecanicista, del pasado siglo fue ya planteada la cuestión de cuándo un grupo de acciones podrían ser llamadas peligrosas. ¿Únicamente cuando puede conducir a un daño o lesión en más del cincuenta por ciento de los casos? ¿Es suficiente, por el contrario, un porcentaje de riesgo menor? Para una compañía de seguros —indica Binding— esta consideración probabilística o de masa posee gran significación, pero para el derecho penal [*] y para el juez sólo la tiene la valoración individualizadora del caso particular” (TORÍO, 1981, p. 842, allí con cita a Binding, *Die Normen*, t. I, 4ª ed. [reimp. de 1965], p. 379, nota 21; [*] en Binding, al puesto de la voz “derecho penal” figura la voz “legislador penal” [*Strafgesetzgeber*]).

La valoración individualizadora del caso particular es pues la única perspectiva compatible con el derecho penal en tanto penal.

Torío concluye su trabajo ofreciendo una *suma* de la noción de peligro hipotético y que, a mi juicio, condensa los puntos aquí defendidos: la derrotabilidad de la imputación de peligrosidad o aptitud sobre la base de una valoración individual, en cuyo centro está la pregunta por la posibilidad de una conexión (empírica, agregaría yo) entre la acción y el bien jurídico de referencia:

“Lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo”.⁴²

³⁹ TORÍO (1981), p. 838. Bajo esa clave general de lectura —de corte empírico— me parece que se deja comprender la lectura de VARGAS y HOYL (2020), pp. 79-81, en la medida que la situación de “descontrol” que fundamentaría el injusto supone la “posibilidad real de difusión” del virus (p. 81).

⁴⁰ BINDING (1965) [reimpresión de la 4 ed. de 1922], § 50, p. 340.

⁴¹ STELLA (2003), Parte III, cap. I.3, p. 523. En el mismo sentido, siguiendo a Stella, cfr. D’ALESSANDRO (2012), pp. 172 ss.

⁴² TORÍO (1981), p. 846.

3. Notas finales aclaratorias

Algunas notas aclaratorias, para cerrar.

En primer lugar, se comprende que esta toma de posición hace suya la idea de que el nuevo inciso segundo del art. 318 CP constituye una agravante de la conducta típica del inciso primero y no representa, por tanto, una tipificación autónoma, prescindente de los presupuestos de peligro del inciso primero⁴³.

En segundo lugar, el planteamiento aquí defendido de ningún modo sugiere entender la figura del art. 318 CP como delito de peligro concreto⁴⁴: desde ya no podría serlo en la medida que el peligro no se predica aquí de un objeto determinado o concreto (sino de un universo indeterminado de personas, como se ha venido planteando desde antes de la pandemia⁴⁵); pero además porque para la imputación de la aptitud o peligrosidad no han de tomarse en consideración todas las circunstancias del caso concreto (prognosis sobre base total, incluyendo la disposición de los potenciales contagiados), sino *nada más que la conducta del agente* (prognosis sobre base parcial)⁴⁶. La dosis de *abstracción* de esta clase de delito opera entonces respecto de los factores ajenos a la conducta del agente. Pero esto, de nuevo, nos obligaría a ofrecer detalles que aquí no viene al caso ofrecer. Se confía para ello en una próxima publicación.

Para cerrar, bien vale la pena anticipar una toma de posición “muy operativa”: según mi comprensión de la figura, para la persecución penal —medida cautelar mediante— habrá de bastar con un test de *PCR positivo* en el contexto de que se trate. Para la *condena* (estándar más alto de convicción) tal elemento probatorio podrá igualmente bastar, salvo que la convicción ceda a una *duda razonable* a raíz de otros elementos: piénsese en un supuesto de contaminación de las muestras del *PCR* en laboratorio, no compensada por una positividad demostrada por otros indicios, como la enfermedad del sospechoso o nuevos contagios en su halo de actuación⁴⁷.

Bibliografía

BINDING, Karl (1965), *Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1. Normen und Strafgesetze*, Aalen, Scientia (reimpresión de la 4 ed. de 1922)

BRICOLA, Franco (2017), *Teoría General del Delito*, Buenos Aires, BdeF [original italiano de 1973]

BRUCCELLARIA, Silvia (2011), “Art. 439”; “Art. 440”, *Codice Penale Commentato*, vol. II (3a ed.), Emilio Dolcini; Giorgio Marinucci (a cura di), Milano, IPSOA, pp. 4505 ss.; pp. 4520 ss.

BUSTOS, Juan; POLITOFF, Sergio (1968), “Los delitos de peligro”, *Revista de Ciencias Penales*, pp. 35-48; republicado recientemente en AA.VV. (2018), *Clásicos de la literatura penal en Chile. La Revista de Ciencias Penales en el siglo XX: 1935-1995*, Instituto de Ciencias Penales (Eds. Fernando Londoño y Francisco Maldonado), Valencia, Tirant Lo Blanch, t. II, pp. 1273-1288

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 (Coquimbo)*, pp. 85-120

⁴³ En tal sentido, cfr. MAÑALICH (inédito), apartado 6.4.

⁴⁴ Cfr. *supra* la nota al pie 19 sobre el estatus del peligro abstracto-concreto en Alemania e Italia, en relación con las fórmulas de peligro abstracto y peligro concreto.

⁴⁵ Cfr. LONDOÑO (2019a), pp. 420-423 (para el párrafo 14 en general) y p. 520 (para el art. 318 CP).

⁴⁶ En estos términos se descarta la sospecha de que se trate aquí de una valoración propia del peligro concreto, entendido como “peligro corrido” o como “evento de peligro” y que en principio demandaría una prognosis de base total: cfr. MARINUCCI; DOLCINI; GATTA (2020), VI.7.5.2, p. 263. Como “resultado de peligro” y, por tanto, como forma de peligro concreto lo entiende de reciente KRAUSE (2020), p. 60, aunque todavía sin especificar a qué noción de salud pública adhiere y, por tanto, a qué clase de resultado se refiere. Lo comprende también como de peligro concreto, MALDONADO (2020), 4.c.

⁴⁷ El ejemplo lo debo al afortunado intercambio académico mantenido con Juan Pablo Mañalich durante la pandemia.

- D'ALESSANDRO, Francesco (2012), *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè
- DONINI, Massimo (2014), “Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale”, *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Luigi Foffani, Antonio Doval Pais, Caterina Pongiluppi (coords.), Milano, Giuffrè
- DONOSO, José (2021), “Claves de un delirio. Los trazos de la memoria en la gestación de *El obsceno pájaro de la noche*”, en ID., *El obsceno pájaro de la noche*, Colombia, Penguin Random House, pp. 635-676
- GALLO, Marcello (1969), “I reati di pericolo”, *Il Foro Penale*, p. 1 ss.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2016), “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman, Jorge (coords.), Santiago, Thomson Reuters, pp. 149-188
- HIRSCH, Hans Joachim [2009], “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 9-10, pp. 157-181 [original alemán en *FS Tiedemann*, 2008, Köln, Heymanns]
- KINDHÄUSER, Urs (2009), “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *Indret*, pp. 1 ss.
- KINDHÄUSER, Urs y HILGENDORF, Eric (2020), *LPK-StGB*, Baden-Baden, Nomos (8ª ed.)
- KRAUSE, María Soledad (2020), “Comentario a la SJG de 14 de julio de 2020”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 42, pp. 55-64
- KUHLEN, Lothar (2012), “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Ricardo Robles Planas (ed.), Barcelona, Atelier, pp. 225-235
- LONDOÑO, Fernando (2019a), “Comentario previo al § 14 del Título VI (delitos contra la salud pública)”; “Art. 313d”; “Art. 315”; y “Art. 318”, *Código Penal comentado: parte especial Libro Segundo (arts. 261 a 341)*, Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 413 ss.
- LONDOÑO, Fernando (2019b), “Il ‘románico’ nella dogmatica penale italiana del XX secolo. Note al ‘fatto’ di Delitala, alla ‘discrezionalità’ di Bricola e all’azione’ di Marinucci”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. 62, N° 4, pp. 1943-1960
- LONDOÑO, Fernando (2020a), “Delitos contra la salud pública en tiempos de pandemia de Covid-19. El caso chileno (y brevísimas notas comparadas a propósito de los arts. 289 y 292 del Código Penal peruano)”, *Enfoque Derecho* (Asociación Civil Themis, PUCP de Lima), 11 de mayo de 2020
- LONDOÑO, Fernando (2020b), “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no 21.240): más micro que macro...”, *Criminal Justice Network*, 9 de julio, p. 26. Republicado con el mismo título, pero con algunas modificaciones relevantes, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, 1er semestre, pp. 401-434, citado aquí como LONDOÑO, Fernando (2020c)
- LONDOÑO, Fernando (2020d), “El efecto cenicienta: la magia de una política de persecución penal contra ley expresa”, *Criminal Justice Network*, 8 de septiembre
- MALDONADO, Francisco (2006), “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 7, pp. 23-63

MALDONADO, Francisco (2020), “Informe en Derecho. Constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal”, presentado en requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 9373-20 ante el Tribunal Constitucional de Chile y publicado el 20 de octubre de 2020

MAÑALICH, Juan Pablo (inédito): *Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*, citado *pro manuscripto*

MARINUCCI, Giorgio (1971), *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi (2020), *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre

NAVAS, Iván (2020), “Comentario a la SCA Temuco de 11 de junio de 2020”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 42, pp. 65-72

NOVOA MONREAL, Eduardo (1960), *Curso de Derecho Penal Chileno*, I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

ROMANO, Mario (2004), *Commentario sistematico del Codice Penale*, I., Art. 1-84, Milano, Giuffrè

ROXIN, Claus (1997), *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I., Madrid, Civitas [Id. (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, München, C.H. Beck]

SCHRÖDER, Horst (1967), “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, *JuristenZeitung*, 17, pp. 522-525

STELLA, Federico (2003), *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè (3a ed)

TIEDEMANN, Klaus (2009), *Derecho Penal Económico*, Lima, Grijley [original alemán de 2004, *Wirtschafts Strafrecht*. AT, Köln, Carl Heymanns]

TORIO, Ángel (1981), “Los delitos del peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 34 (2-3), pp. 825-847

VARGAS, Tatiana (2007), *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Navarra, Thomson/Aranzadi

VARGAS, Tatiana y HOYL, Gonzalo (2020), “Comentario SCA de San Miguel de 6 de julio de 2020”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 42, pp. 73-87



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>