

UNA FELIZ DERROTA PARA EL ACTIVISMO PERSECUTOR: EL CASO DEL DELITO DE PUESTA EN PELIGRO DE LA SALUD PÚBLICA DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19 SCS ROL N° 125436-2020

FERNANDO LONDOÑO MARTÍNEZ¹

RESUMEN: se comenta aquí la sentencia Rol N° 125436 de la Corte Suprema en materia del artículo 318 del Código Penal (el tipo penal más utilizado y discutido en el marco de lo que podría denominarse el “combate penal chileno” a la pandemia de Covid-19). Tal sentencia 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. Se examinan aquí aquellos conceptos, contrastándolos con las fuentes doctrinarias comparadas y nacionales. El trabajo examina luego –críticamente– la tipicidad de las *aglomeraciones* no autorizadas, hipótesis cuya tipicidad bajo el art. 318 del Código Penal es explorada en *obiter dicta* por la aludida sentencia. En fin, en las conclusiones se pondera el valor de la sentencia, colocándola en un contexto más amplio: es decir, caracterizándola como una feliz derrota para el activismo persecutor, lo que en este caso coincide con una derrota para la denominada *administrativización* del derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Corte Suprema, salud pública, delitos de peligro, peligro hipotético, peligro abstracto, bien jurídico, artículo 318 del Código Penal, Covid-19, activismo persecutor, administrativización del derecho penal.

SUMARIO: 1. Introducción: visión general de la SCS 125436; 2. Los tres pasos del razonamiento jurisprudencial; 2.1. Primer paso. La simple lectura del precepto: no basta la sola infracción de determinadas normas sanitarias; 2.2. Segundo paso. *Pars destruens*: no se trata de una figura de *peligro abstracto*; 2.3. Tercer paso. *Pars construens*: se trata de un delito de *peligro hipotético* o *abstracto-concreto*; a la

¹ Profesor titular de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. A excepción de las conclusiones, por completo inéditas, el presente texto reproduce, con puntuales modificaciones formales y sustantivas, el artículo Londoño, Fernando (2021): “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”, *Diritto penale contemporaneo* – Rivista trimestrale, vol. 3/2021, pp. 99-113.

vez, la búsqueda de una conducta connotada de “especificidad”; 3. ¿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; 4. Conclusiones: activismo persecutor y *administrativización* del derecho penal; Bibliografía.

“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 Rol 125436, considerando 10º)

“(...) hay que aceptar que, en principio, deberían des-criminalizarse –de no haber motivos que justifiquen una excepción– los delitos de peligro abstracto, en los que no se exige una acción materialmente peligrosa, es decir, en los que se hace legislativamente abstracción del peligro, considerado únicamente como dato estadístico” (Torío, Ángel [1991] p. 2542)

1. INTRODUCCIÓN: VISIÓN GENERAL DE LA SCS 125436

En lo que sigue se ofrecerá un comentario a la sentencia de 25 de marzo de 2021, causa Rol N° 125436 de la Corte Suprema en materia de la tan discutida figura del art. 318 del Código Penal² (en adelante CP). A aquella sentencia le siguieron otros dos pronunciamientos muy similares de la Segunda Sala, de tal modo que –en este

² 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 del 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 UTM 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.

caso— puede hablarse de una línea jurisprudencial³. En la medida que esta línea se sirve de la noción de *delito de peligro hipotético*, el comentario procurará examinar sus contenidos a la luz del trabajo dogmático 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 del CP, ya por la propia Corte Suprema, en el primer caso, ya por autores nacionales, antes y durante la pandemia⁴). 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, en las conclusiones se ponderará el valor de la sentencia, ubicándola en un marco jurídico-cultural más amplio.

Conviene ofrecer primero una visión global de la sentencia aquí comentada —comenzando por los hechos y lo resuelto— para seguir luego con el detallado análisis de sus planteamientos.

Esta valiosa sentencia de la Segunda Sala rechaza la suficiencia del solo quebrantamiento del “toque de queda” para configurar el delito del art. 318 del Código Penal. Entiéndase “el solo quebrantamiento” para significar que en el caso no concurrió ningún factor de peligrosidad distinto o adicional. Y lo mismo vale para los supuestos de hecho de las otras dos sentencias que conforman esta línea jurisprudencial. De este modo, en todos los casos se trataba de uno o dos individuos (no contagiados con SARS-CoV-2) hallados

³ La primera sentencia —la aquí comentada— es de fecha 25 de marzo de 2021 en causa Rol N° 125436-2020 de la Corte Suprema (redacción R. Mera, concurrentes H. Brito, M. Valderrama, J. Zepeda y P. Tavolari) y recayó en conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Cochrane. A aquella sentencia le siguió una de fecha 20 de abril del mismo año, en causa Rol N° 149.239-2020 de la Corte Suprema (redacción M. Valderrama, concurrente H. Brito, J. Dahm, L. Llanos y P. Tavolari) y recayó en conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Talca. La tercera sentencia es de 23 de abril de 2021, en causa Rol N° 131.966-2020 de la Corte Suprema (redacción H. Brito, concurrente M. Valderrama, J. Dahm, L. Llanos y R. Abuauad), y recayó en conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Iquique. En su contenido central no se aprecian diferencias relevantes entre las tres sentencias, sin perjuicio de lo que se indicará puntualmente más abajo. En lo demás, alguna diferencia se aprecia a favor de la sentencia aquí comentada, por su sobria economía argumentativa.

⁴ LONDOÑO (2019a), “Comentario al art. 318”, pp. 520 y siguientes; LONDOÑO (2021) p. 120; MAÑALICH (2021) pp. 190 y siguientes. Cfr. también ACOSTA (2021) pp. 93 y siguientes y p. 112.

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 medida.

Concretamente y por lo que toca a la sentencia en comento, los hechos se resumen en el siguiente pasaje:

“[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” (considerando 9º).

El resultado neto de esta sentencia se deja resumir así: *el mero quebrantamiento del toque de queda no es típico*⁵ *bajo el art. 318 del CP*. Y ahora esto es así, afortunadamente, no solo para la Segunda Sala de la Corte Suprema: la instrucción del Fiscal Nacional de 4 de mayo de 2021⁶ –que tomó debida nota de esta compacta

⁵ Cfr. el considerando 12 de la sentencia de la Corte Suprema en comento, allí donde se hace ver que en la figura del art. 318 del 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) pp. 255 y siguientes.

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, solo en lo que respecta al artículo 318 inciso primero del Código Penal: (1) Los fiscales deberán tener presente los criterios casuísticos asentados por la Excm. Corte Suprema, para casos de infracción al aislamiento nocturno, debiendo iniciar investigación penal solo en aquellos casos donde se constate el riesgo hipotético requerido por la Excm. 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 2º del art. 5º 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

línea jurisprudencial— vino pues a consolidar un estado de cosas tendencialmente superador del a su tiempo denunciado “efecto cenicienta”⁷, 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 llegó la Segunda Sala a esta solución y qué más puede aprenderse en el camino?

2. LOS TRES PASOS DEL RAZONAMIENTO JURISPRUDENCIAL

El razonamiento que se 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 contagiados* con SARS-CoV-2 o *enfermos* de Covid-19; y, del otro, (ii) la preliminar subsunción de supuestos de *aglomeración* de personas. A mi juicio no hay en esto últimos conclusiones cerradas o definitivas, pues no venían al caso. Sobre estos supuestos se profundizará más abajo. En lo demás, anticipemos también que la sentencia nada dice

de agosto pasado. Para una mayor claridad se acompaña cuadro resumen con modificaciones y vigencias”.

⁷ Cfr. LONDOÑO (2020).

sobre la noción de *salud pública*⁸. Sobre aquella noción –en su referencia al bien jurídico– se volverá en las conclusiones de este trabajo. Examinemos ahora los aludidos tres pasos.

2.1. 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 del 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 (...)” (considerando 10º).

“Ese delito no existe...”. Bien haría el Ministerio Público en tomar nota. Pero 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*⁹. Muy bien se advierte este movimiento

⁸ Sobre lo cual, para ulteriores referencias, cfr. Mañalich (2021) pp. 146 y siguientes, con una completa reconstrucción de la discusión nacional. Otro tanto, más sintéticamente, ya en LONDOÑO (2019a) pp. 418 y siguientes.

⁹ 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 (alo-

argumentativo en el siguiente pasaje de la sentencia, 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” (considerando 5°).

2.2. 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 sentencia, 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”. (considerando 6°; las cursivas son mías).

El pasaje recién transcrito es de vital importancia para captar el alcance de esta jurisprudencia. Como puede apreciarse, existiría una *brecha* entre infracción y exigencia de peligro. Podría también

jada 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 ulterior bibliografía sobre este punto, cfr. LONDOÑO (2021) p. 244, nota 9.

hablarse de una suerte de *plus* respecto de la mera infracción¹⁰. La Corte utiliza la noción de *especificidad del hecho* para hacer el punto, abriéndose así a una de las novedades que supuso la original introducción de la noción del denominado peligro *abstracto-concreto*: la dimensión probatoria¹¹. 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”. (considerando 8º; las cursivas son mías).

¹⁰ En tal sentido, LONDOÑO (2020b), p. 26. En el mismo sentido, KRAUSE (2020), p. 62; igualmente, VARGAS Y HOYL (2020), p. 84; MALDONADO (2021) pp. 50 y siguientes.; y ACOSTA (2021) pp. 94-95.

¹¹ 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 en comentario] 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* (TORÍO, 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.

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 sentencia¹². Sobre esto volveremos, con más detalles, hacia el final del apartado 3.

Estamos ahora en condiciones de entrar en la *pars construens* del razonamiento: si no basta la sola infracción sanitaria y si no se trata aquí de un delito de *peligro abstracto* “puro y duro”¹³, ¿de qué se trata entonces? ¿Qué noción de peligro se acomoda a la búsqueda de aquella *especificidad* del hecho?

2.3. 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*¹⁴⁻¹⁵. También aquí veamos qué dice la Segunda Sala, en sus propios términos:

¹² En palabras de Ángel Torío: “la valoración del caso individual, como genialmente indicó Binding, es lo decisivo en los delitos de peligro” (Torío [1981] p. 846). El llamado a la *individualización* es uno de los puntos dominantes en el apartado IX (Ibidem, pp. 843 y siguientes) del trabajo de Torío, siempre en el marco del rechazo a la lógica probabilística, y declarándose siempre del lado de Binding en esto.

¹³ 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 (Código Penal 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 (2020) § Vor 13 Rn. 267, p. 143; traducción libre del suscrito). Para una crítica a semejante noción de peligro abstracto, cfr. el ya clásico *Bustos y Politoff* (1968). En lo demás, véase *infra* la nota al pie 17 en lo relativo al estatus dogmático de los delitos de aptitud para Alemania e Italia.

¹⁴ En el contexto argumentativo de esta sentencia 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 del 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 hipotética, o ‘abstracto-concreto’ (...)” (considerando 6º).

¹⁵ Mientras que en *obiter dicta* sugiere una lectura de *peligro concreto* para la nueva figura del art. 318 bis del CP. Esto es así fundamentalmente en las sentencias de 20 de abril de 2021, causa Rol N° 149.239-2020 de la Corte Suprema, considerando 4º y sentencia de 23 de abril de 2021, causa Rol N° 131.966-2020 de la Corte Suprema, considerando 5º. En la sentencia de la Corte Suprema en comentario 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

“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” (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 bis¹⁶, 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” (Considerando 6º; las cursivas son del autor).

Peligro *hipotético* o *abstracto-concreto* para la figura del art. 318 del 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 sentidos¹⁷. Esto ha de celebrarse.

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’” (considerando 6º).

¹⁶ Véase la nota al pie precedente.

¹⁷ Cfr. *supra* la nota al pie 10 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.

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*?¹⁸). En nuestra disciplina los conceptos se sopesan antes que 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” (Considerando 7º).

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

¹⁸ 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) 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 y siguientes. 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 de envenenamiento 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 del CP chileno. Sobre la noción de peligro real, ampliamente, cfr. D’ALESSANDRO (2011) pp. 172 y siguientes, quien por lo demás se muestra crítico de la noción de peligro abstracto-concreto (cfr. *op. cit.* pp. 156 y siguientes).

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

Lleva razón la Corte al afirmar que el círculo de sujetos activos de la figura del art. 318 del CP no se limita a los contagiados con SARS-CoV-2. Sobre esto ya 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 contagio¹⁹. A mayor abundamiento, puede también traerse a colación el nuevo inciso segundo del art. 318 CP, por lo que se refiere a la convocatoria (*recitius: realización*²⁰) de reuniones prohibidas en tiempos de pandemia (con vulneración del aforo, se comprende)²¹. Sobre esto se volverá en el apartado 3.

Una posible observación crítica apuntaría, sin embargo, en otro sentido. El señalamiento con cursivas en los pasajes citados de la sentencia 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 caso²², 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 –sí, se insiste, el criterio de aptitud no ha de construirse desde lo

¹⁹ Cfr. LONDOÑO (2021) pp. 109-111.

²⁰ Cfr. MAÑALICH (2021) p. 197 y siguientes.

²¹ Cfr. LONDOÑO (2021) pp. 120-122.

²² 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.

puramente normativo²³— ¿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 mi juicio lo anterior explica las mejores razones de una comprensión de la figura en clave *exterior-empírica*²⁴, según se explicará en el apartado 3.

2.3.2. Continuación del tercer paso

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

Ya hemos visto que la noción de *peligro hipotético* o *abstracto-concreto* es compatible con la imputación del delito del art. 318 del 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 11° de la sentencia 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, 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” (Considerando 11).

²³ En este punto se aprecia mi discrepancia respecto de la propuesta hermenéutica ofrecida por MAÑALICH (2021) para la aptitud caracterizadora de la figura del art. 318 del CP: cfr. *infra* notas al pie 34, 35 y 36.

²⁴ 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 propuesta hermenéutica de MAÑALICH (2021) pp. 190 y siguientes, de conexión interior-normativa, según la entiende el propio autor citado. Para un esquema sobre los ángulos de la discrepancia, cfr. LONDOÑO (2021), pp. 101-102, nota al pie 51. En lo demás, con mayor detalle, véanse *infra* la notas al pie 34, 35 y 36.

La Corte prosigue con un examen de las finalidades de las medidas sanitarias²⁵ 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” (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” (Considerando 11).

3. ¿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 sentencia en comento.

Pues bien, para darle un contenido más seguro a la fórmula de *peligro hipotético* empleada por la Corte, resulta necesario ir hasta su fuente. Como se sabe, aquella precisa fórmula se debe al trabajo seminal del penalista español Angel Torío²⁶.

²⁵ En esta consideración late preliminarmente una aproximación interior-normativa como la favorecida por MAÑALICH (2021), sobre lo cual cfr. la nota al pie precedente.

²⁶ TORÍO (1981).

A juicio de Torío, 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”²⁷.

Y luego agrega:

“los delitos de peligro hipotético son, pues, delitos de peligro posible. La imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad”²⁸.

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 esta contribución, 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”²⁹. 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.

²⁷ TORÍO (1981) p. 838.

²⁸ TORÍO (1981) p. 838.

²⁹ TORÍO (1981) p. 838.

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”³⁰.

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”³¹.

Lo anterior resulta claro en el marco del párrafo de *delitos contra la salud pública*, en el que se ubica el art. 318 del 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 del CP³²?

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

³⁰ TORÍO (1981) p. 842.

³¹ Es decir, no derrotable con base en consideraciones extrínsecas a la mera infracción. Cfr. *supra* la nota al pie 12, con referencia a la noción de peligro abstracto dominante en el contexto alemán.

³² Sobre lo cual cfr. LONDOÑO (2019a) pp. 458, 465-467 y 495-497.

muy “italiano”³³, ciertamente Torío no lo habría desaprobado³⁴. ¿Por qué entonces hemos de aceptar una solución menos exigente para un delito como el art. 318 del 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? Una solución alternativa me parece problemática³⁵.

³³ 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 autonomía 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 y siguientes.

³⁴ 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 este 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).

³⁵ 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 del CP (cfr. MAÑALICH [2021] apartado 5.c, pp. 180 y siguientes) impide reconocer “especificación alguna del posible soporte de una aptitud abstracta de lesión para la salud individual” (MAÑALICH [2021] apartado 6.b, pp. 190 y siguientes). 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 12) y lo hace, además, descansando –en buena medida– en normas de conducta de fuente infralegal. 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). Así, la administración de la conexión interior-normativa se presta más fácilmente para manipulaciones conceptuales por la práctica judicial. 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 del 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 *allá* Kindhäuser y, sobre esa base, considerando comprendido en el art. 318 del 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.

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 aquel no es exactamente el caso del art. 318 del 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 preciso, entre los varios imaginables. 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 de carne y hueso*. Tal criterio es fácilmente reconocible y hace sentido desde la experiencia jurídico-social: desde ya porque el contagio pasa ineludiblemente por aquella dimensión empírica³⁶.

Digámoslo de otro modo: si la 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*³⁷), sino a una realidad eminentemente

³⁶ Esta operación hermenéutica puede quizás motejarse de “voluntarista”, pero tiene la ventaja de limitar la aplicabilidad del tipo a los casos centrales de infracción a las reglas sanitarias, en concordancia con la –a mi juicio– más plausible noción penal de *salud pública* (para detalles y ulterior bibliografía, cfr. LONDOÑO [2019a] pp. 418 y siguientes). Por lo demás, esta clase de interpretación –animada por la búsqueda de materialidad– parece especialmente adecuada cuando el lenguaje de la ley es vago o ambiguo o bien cuando la política o finalidad de la ley resulta oscura o controvertible: cfr. NINO (1980) Cap. IV.B.b, pp. 312 y siguientes, especialmente pp. 316 y 322. 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 del CP no satisface el estándar constitucional de determinación legal (cfr. MAÑALICH [2021] apartado. 5.c, pp. 180 y siguientes). Y con razón puede nuestro autor considerarse satisfecho si una mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado la inaplicabilidad del art. 318 del CP, precisamente por tal déficit de determinación: Sentencia de 1 de julio de 2021, causa Rol N° 9632-2020 del Tribunal Constitucional. 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.

³⁷ En tales términos me permitiría reconstruir (para el tipo que aquí nos ocupa, se entiendo) 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

empírica (la salud de un número indeterminado de personas), ¿cómo podría entonces no exigirse la presencia del agente patógeno como condición básica (necesaria, que no suficiente) para entender

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 del CP, cfr. MAÑALICH [2021] pp. 151 y siguientes; igualmente, NAVAS [2020] p. 71 y siguientes), 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 –paradójicamente, diría– aquella a la que adhieren los recién aludidos autores chilenos). En lo demás, para una crítica a la fundamentación del peligro abstracto en Kindhäuser, entre otros, cfr. HIRSCH (2009) pp. 177 y siguientes (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 y siguientes. 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) quisiera cuanto menos dejar apuntado lo siguiente, muy esquemáticamente: (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. MAÑALICH (2021) p. 154. 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 planteamiento: 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] pp. 631 y siguientes). 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 obscuro pájaro de la noche” (“la duda, la inseguridad”, según la confesión de su propio autor: DONOSO [2021] 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 “eriazoso, remoto y presuntuoso” de Enrique Lihn.

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”³⁸.

Lo anterior puede también decirse con 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”³⁹.

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 humana que en un trío o cuarteto 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 grupo de tres o cuatro. 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.

Una vez más, aquí conviene 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

³⁸ 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).

³⁹ STELLA (2003) p. 523. En el mismo sentido, siguiendo a Stella, cfr. D’ALESSANDRO (2012) pp. 172 y siguientes.

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 solo la tiene la valoración individualizadora del caso particular”⁴⁰.

La valoración individualizadora del caso particular es pues la única perspectiva compatible con el derecho penal, en tanto *penal*. La alternativa –no deseable a mi juicio– es la radical administrativización de la herramienta penal. Sobre esto se volverá en las conclusiones.

Torío concluye su trabajo ofreciendo una *suma* de la noción de peligro hipotético. Aquella noción 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. En sus propias palabras:

“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”⁴¹.

4. CONCLUSIONES: ACTIVISMO PERSECUTOR Y ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

La sentencia comentada es doblemente valiosa y merece, por tanto, dos órdenes de elogio: por sus presupuestos dogmáticos y por sus consecuencias político criminales.

⁴⁰ 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*]: BINDING (1965) p. 379.

⁴¹ TORÍO (1981) p. 846.

Sobre lo primero ya se ha dicho bastante aquí, pero permítaseme decir todavía lo siguiente. La sentencia tuvo el acierto de hacer suya una categoría dogmática poco explorada en nuestro medio –la noción de *peligro hipotético* o *peligro abstracto-concreto*– mostrando su operatividad en la resolución de una categoría de casos que había venido tensionando (y desbordando) al sistema de justicia penal bajo la pandemia de Covid-19. La noción sirvió así para descartar la connotación delictiva de la sola infracción al toque de queda.

Y eso nos lleva a las consecuencias político criminales: con la comentada sentencia –y con las dos sentencias que le siguieron en la misma línea– se puso coto a una desenfundada política de persecución penal liderada por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público a partir de una insólita lectura (*contra legem*) de la figura del art. 318 del CP. Dicho en otros términos, la sentencia tuvo el gran mérito de contener la peligrosa *administrativización del derecho penal* que la Fiscalía Nacional venía favoreciendo hasta entonces.

¿Pero qué ha de entenderse por *administrativización* en este contexto? El asunto es relevante para comprender el presente del derecho penal y sus posibles horizontes, poco alentadores. A la vez, es importante para sopesar el mérito de la sentencia en un contexto jurídico-cultural más amplio.

Para responder a aquella pregunta conviene remitir al lector a literatura mejor⁴², pero aquí me permito bosquejar algunos aspectos críticos del fenómeno, en cuanto se corresponden especialmente con lo observado en el sector que aquí nos ocupa.

- (i) En primer lugar, la *administrativización* del derecho penal supone una lógica de criminalización netamente orientada por la búsqueda de eficacia preventiva. Una lógica sin concesiones retrospectivas: pura prospección. En su centro aparece un ente orientado a la preservación de un sector o contexto, cual si fuese suya la responsabilidad de *administrarlo*⁴³.

Así –por lo que aquí interesa– se capta cómo es que se llegó a una Fiscalía Nacional del Ministerio Público auto-erigida en responsable del aseguramiento sanitario, como brazo armado

⁴² Ampliamente y crítico, cfr. SILVA SÁNCHEZ (2001) pp. 121 ss.

⁴³ En términos muy similares y también crítico de la administrativización del derecho penal, cfr. VAN WEEZEL (2017) p. 1007 (nota 20) y p. 1008.

en el combate contra la pandemia de Covid-19. El Ministerio Público cual custodio del amplio sector de la *salud pública*. Con la sentencia aquí comentada la Corte Suprema le recordó que aquel no era su papel. Y esto ha de celebrarse, por cierto, tanto más en un contexto en el que la propia Corte Suprema –su Tercera Sala, para ser más precisos– ha venido cediendo a la tentación de comportarse como administrador de sectores o campos, más orientada a ofrecer pautas de política (el derecho del futuro) que a reconocer y aplicar el derecho vigente. Si el activismo de la Fiscalía Nacional está fuera de lugar, también ha de estarlo el activismo judicial.

- (ii) Un segundo aspecto de la *administrativización* es el siguiente: aquella lógica relativiza el peso del injusto como lesión actual o potencial (precisamente porque la mirada retrospectiva no se ajusta a su molde). Se mira entonces más a los comportamientos que a los potenciales resultados⁴⁴. Lo que preocupa es la acumulativa desviación de la norma, el mal ejemplo que ofrece la desobediencia de los *free riders*, a quienes es preciso disuadir mediante la incorporación de costos no transferibles (la pena)⁴⁵. De este modo, se aspira a combatir *grandes problemas* mediante la criminalización de *pequeñas conductas*⁴⁶.

En su radicalización, esta lógica relaja la relación entre conducta y bien jurídico⁴⁷. Más aún: a caballo de una abstracción generalizante, aquella lógica termina por desdibujar toda forma concreta o empírica de bien jurídico⁴⁸. La manipulación

⁴⁴ Cfr. el trabajo seminal de KUHLEN (1993) *passim*.

⁴⁵ Así, KUHLEN (1993) p 720 y siguientes.

⁴⁶ Parafraseando a KUHLEN (1993) p. 720. Y aquella decisión de criminalización es problemática –desde ya en sede de proporcionalidad– incluso si, como en Mañalich (2021) p. 173 (nota 152), se propone sortear la habitual objeción que se plantea desde la óptica del principio de culpabilidad (la prohibición de sanción *ex iniuria tertii* o por hecho ajeno).

⁴⁷ En esos precisos términos, con referencia a los tipos de delitos medioambientales, KUHLEN (1993) p. 726, quien, reconociendo que en ocasiones se va incluso más allá del peligro abstracto, afirma la necesidad de hacer esfuerzos para excluir del ámbito penal las conductas de pequeño contenido de injusto, entregándolas al sancionador administrativo (*op. cit.*, p. 726).

⁴⁸ Cfr. FERRAJOLI (2011) III.8.33.2, pp. 467 y siguientes, crítico de la “parábola involutiva” de la doctrina del bien jurídico, observando especialmente el progresivo desvanecimiento de los referentes empíricos de la noción (cfr. p. 468).

conceptualista⁴⁹ tiene entonces el campo totalmente despejado: cualquier conducta atingente al sector –aunque sea solo estadísticamente riesgosa o subjetivamente insegura– podrá subsumirse en el tipo. Creo que este aspecto se conecta con determinadas fundamentaciones del peligro abstracto, allí donde aquel se explica en una noción práctica o “conductiva” del peligro, por oposición a una de corte teórico-epistémico⁵⁰.

Este itinerario resulta evidente en lo que aquí nos ha ocupado: en la interpretación del art. 318 CP la expresa exigencia de *puesta en peligro para la salud pública* fue ya derechamente *cancelada* (¡solo importan los comportamientos!), ya vaciada de contenido sobre la base de una noción de *salud pública* carente de bases empíricas: es decir, no una forma de peligro común respecto de personas de carne y hueso, sino genéricas condiciones para el goce de la salud por la población. Y dentro de aquellas condiciones está por cierto el respeto de las medidas administrativo-sanitarias, comenzando por el distanciamiento social. De este modo, infracción administrativa y delito coinciden *in totum*: quebrantar el toque de queda es ya poner en peligro la salud pública y, por tanto, conducta delictiva. ¡La *desobediencia* de “los porfiados” constituye delito por sí misma! Pero semejante delito simplemente “no existe”⁵¹, para retomar la magistral amonestación que en esta sentencia le dirigiera la Corte Suprema al Ministerio Público.

- (iii) Y con ello se llega al último aspecto de la *administrativización* que aquí querría bosquejar. Bajo este paradigma la *racionalidad estadística* se infiltra en el derecho penal. Se criminaliza con base al *principio de precaución* y el paradigma del *riesgo*. Para ser claros: aquel principio y aquella racionalidad hacen sentido en el campo administrativo. Así, por ejemplo, las medidas administrativo-sanitarias de distanciamiento social se fundamentan en una sólida (e intuitiva) evidencia estadística: a menor circulación de personas = menor contagio = menor sobrecarga para el sistema hospitalario = menos muertes. Así, quedándose en casa durante la pandemia, el ciudadano hace

⁴⁹ En crítica al conceptualismo, cfr. NINO (1980) p. 82 y siguientes.

⁵⁰ Cfr. *supra* nota 36.

⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema aquí comentada, considerando 10.

su pequeña contribución para la contención de un gran problema. ¡Y eso está muy bien: no se piense por favor que aquí se hace apología del individualismo radical! Pero cuando el reverso de aquella pequeña contribución –la *pequeña desobediencia*– fundamenta por sí sola un reproche penal, es que entonces la racionalidad estadística se ha llevado demasiado lejos⁵².

Debemos entonces agradecer a la Segunda Sala de la Corte Suprema por la sentencia aquí comentada: frenando el activismo persecutor y bloqueando uno de los caminos de la *administrativización*, ella favoreció un estado de cosas más compatible con un derecho penal liberal, respetuoso de los principios de tipicidad y lesividad. Por esta vez al menos, la justicia no fue sacrificada en el altar de la eficacia (o de su simulacro, para ser más preciso).

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Juan Domingo (2021): “El delito del artículo 318 del Código Penal a la luz de los principios de tipicidad y de proporcionalidad (comentario a sentencia del Tribunal Constitucional) (STC Rol 8950)”, *Sentencias Destacadas 2020. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo), pp. 83-114.
- BINDING, Karl (1965): *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1. Normen und Strafgesetze (Aalen, Scientia [reimpresión de la 4 ed. de 1922]).
- BRUCELLARIA, Silvia (2011): “Art. 439”; “Art. 440”, en Dolcini, Emilio y Marinucci, Giorgio (editores), *Codice Penale Commentato*, vol. II (Milano, IPSOA, 3a ed.) pp. 4505 ss.; pp. 4520 y siguientes.

⁵² Como lo hace ver el ya citado Torío (1981) p. 842 con apoyo en Binding. El propio Torío vuelve diez años después sobre este punto –cfr. TORÍO (1991) p. 2542– asociando delito de peligro abstracto y criterio estadístico, y aún aceptando que, salvo excepciones, tales figuras deberían descriminalizarse. El pasaje es elocuente: “(...) hay que aceptar que, en principio, deberían descriminalizarse –de no haber motivos que justifiquen una excepción– los delitos de peligro abstracto, en los que no se exige una acción materialmente peligrosa, es decir, en los que se hace legislativamente abstracción del peligro, considerado únicamente como dato estadístico” (*op. cit.*, p. 2542).

- BUSTOS, Juan y POLITOFF, Sergio (1968): “Los delitos de peligro”, *Revista de Ciencias Penales*, pp. 35-48.
- 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”, en Foffani, Luigi; Doval Pais, Antonio; y Pongiluppi, Caterina (coords.), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione* (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.
- FERRAJOLI, Luigi (2011): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2016): “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Cárdenas, Claudia y Ferdman, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (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 y siguientes.
- 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 (1993): *Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, *ZStW*, pp. 697-726.

- KUHLEN, Lothar (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en Robles Planas, Ricardo (ed.), *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (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”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código Penal comentado: parte especial Libro Segundo* (arts. 261 a 341) (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 413-524.
- 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 (2020): “El efecto cenicienta: la magia de una política de persecución penal contra ley expresa”, *Criminal Justice Network*, 8 de septiembre [disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/el-efecto-cenicienta-la-magia-de-una-politica-de-persecucion-penal-contra-ley-expresa>]
- LONDOÑO, Fernando (2021): “El art. 318 CP a la luz de la Ley N° 21.240. De paso, el nuevo art. 318 bis CP”, en Londoño, Fernando; Maldonado, Francisco; y Mañalich, Juan Pablo, *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia. Teoría y praxis* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 84-125.
- MALDONADO, Francisco (2021): “Sobre la constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal”, en Londoño, Fernando; Maldonado, Francisco; y Mañalich, Juan Pablo, *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia. Teoría y praxis* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 1-82.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021): “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”, en Londoño, Fernando; Maldonado, Francisco; y Mañalich, Juan Pablo, *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia. Teoría y praxis* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 128-237.

- 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.
- NINO, Carlos Santiago (1980): *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires, Astrea).
- 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.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001): *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid, Civitas, 2ª ed.).
- 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].
- TORÍO, 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 [disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANUP-1981-20082500848]
- TORÍO, Ángel (1991): “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones), en Retortillo-Martín, Sebastián, *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*”, t. III (Madrid, Civitas) pp. 2529-2546.

- VAN WEEZEL, Alex (2017): “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”, *Política criminal*, vol. 12, N° 24, pp. 997-1043.
- 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.