



► “Utilizar una sanción penal para efectos intimidatorios o como herramienta de control social se contrapone absolutamente con el principio de ‘ultima ratio’, que implica que el derecho penal sólo puede ser utilizado por el Estado cuando los demás métodos han sido insuficientes para proteger los bienes jurídicos que se pretende resguardar”.



Andrea Díaz-Muñoz Bagolini, jueza del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, y el polémico artículo 318:

# “EN NINGÚN CASO SE LOGRA CONTROLAR LA PANDEMIA CON EL DERECHO PENAL”

► La abogada de la Universidad de Chile y máster en derechos fundamentales de la Universidad de Jaén ha sido una de las protagonistas del debate en torno a la aplicación del artículo 318 del Código Penal modificado por la Ley N° 21.240. Según la jueza de garantía, la mayor discusión en torno a esta infracción o delito -para unos y otros- ha consistido en determinar si el sólo hecho de circular sin permisos en zonas en cuarentena puede configurar un ilícito o si, al contrario, se requiere demostrar otro antecedente para estimar que efectivamente se puso en riesgo la salud de la población mediante conductas idóneas.

► Por Paola Sais Dünner,  
periodista Defensoría Nacional.

**¿E**n qué casos se aplica el artículo 318 del Código Penal en tiempos normales?... ¿Cuáles fueron sus principales modificaciones a partir de la pandemia de Covid-19?

El artículo 318 del Código Penal carecía de importancia sustancial en nuestro sistema. No era un tema que fuera de mayor interés de estudio. Esa situación cambia drásticamente con la pandemia a raíz del coronavirus, donde comienza a recobrar una importancia significativa en su aplicación, discusión y análisis a nivel académico, doctrinario y jurisprudencial.

Con la Ley N° 21.240 se aumentó la pena a presidio menor en su grado mínimo a medio y se elevó la multa accesoria de 6 a 200 UTM, estableciendo además como agravante cometer el delito mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

Estableció, además, que en caso de que la Fiscalía solicite el mínimo de la multa (6 UTM), se puede actuar conforme a las normas del procedimiento monitorio -regulado únicamente para las faltas-, pudiendo aplicarse la suspensión de la multa y sus efectos por seis meses al tenor del artículo 398 del Código Procesal Penal.

Además, se incorporan dos nuevos artículos en el código punitivo: 318 bis y 318 ter, lo que implica obviamente un mayor reproche, pues el primero implica a quienes, en tiempo de pandemia, epidemia y contagio, y ‘a sabiendas’, propaguen agentes patológicos, obviamente con infracción de una orden de la autoridad sanitaria. <

La segunda norma, en tanto, sanciona al que, a sabiendas, teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir a trabajar al lugar donde se desempeñe en sus labores, pese a que este último se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria.

La misma ley propicia, en caso de condena, la sustitución de la pena por la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y además, en caso de suspensión condicional, se ordena incluir preferentemente, como una de las condiciones, la realización de acciones o servicios destinados a beneficiar a la localidad en la que habita el imputado.

### ARTÍCULO 318 Y PRISIÓN PREVENTIVA

**-¿Cree usted que la pena asociada al delito del artículo 318 debiera ser una sanción de carácter penal, que incluya la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva? ¿Por qué?**

-La prisión preventiva es la medida cautelar más gravosa que existe en nuestro sistema, por lo que debe ser utilizada cuando los objetivos no pueden cumplirse con otras de menor intensidad. Es una premisa básica de nuestro ordenamiento. El mismo artículo 140 del Código Procesal Penal establece parámetros que deben ser ponderados para definir si esta medida sería procedente. Primero, exige al tribunal examinar si existen los supuestos materiales y, finalmente, considerar si se otorgan los supuestos que justifiquen la necesidad de cautela.

El tema esencial es ponderar si el imputado que ha sido detenido sin los permisos de desplazamiento o salvoconductos -la situación más usual en la dinámica de las formalizaciones por este ilícito-, por ese sólo hecho, se puede tener justificados los supuestos materiales del 318 e imponer cualquier medida cautelar, por muy poco gravosa que resulte. Es decir, si consideramos que por ese sólo hecho vamos a tener por acreditados los antecedentes que justifiquen la existencia del delito y que los mismos permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, se dará la imposición de medidas cautelares.

En este sentido, la mayor discusión ha consistido en determinar si ese sólo hecho de circular sin los permisos respectivos puede configurar un ilícito. O si, al contrario, se requiere demostrar otro antecedente que permita estimar que efectivamente se puso en riesgo la salud de la población mediante conductas idóneas. De ello dependerá la decisión del tribunal.

**-¿Por qué cree que dentro del mismo Poder Judicial y entre los fiscales han existido distintos criterios para sancionar este delito?**

-Porque se trata de una situación completamente nueva, donde no existía jurisprudencia que pudiese guiar el actuar de los diversos intervinientes en el proceso penal.

Por un lado, los fiscales deben seguir los criterios de persecución penal impuestas por el Fiscal Nacional y, desde la otra perspectiva, los defensores deben actuar de acuerdo con sus propias directrices en la materia. Ambas posiciones, desde el inicio de las primeras formalizaciones por el artículo 318, eran diametralmente opuestas entre sí.

Esto lo pude advertir desde las alegaciones sobre ilegalidad de la detención, oposición a las medidas cautelares, reclamo de los procedimientos monitorios, solicitudes de sobreseimiento y, posteriormente en el juicio, alegaciones para la correspondiente absolución.

Lo mismo sucedió respecto del Poder Judicial. Incluso en cada tribunal de garantía hubo diversos criterios para resolver el mismo tema, fallos diversos ante las salas de una misma Corte de Apelaciones, hasta que finalmente este asunto llegó hasta la excelentísima Corte Suprema, donde existe ya un pronunciamiento.

### ATOCHAMIENTO PREVISIBLE

**-Cuando se hicieron las modificaciones al artículo 318, hace poco más de un año, ¿era posible proyectar el alto número de personas que serían infraccionadas y el atochamiento de causas que se producirían en tribunales?**

-Sí. Creo que con la modificación al artículo 318 del Código Penal, todos los que participamos en el sistema advertimos la situación inminente que se veía venir. Esto es, que un gran número de personas serían sancionadas con el procedimiento monitorio. Y quizás, más que sancionadas, serían imputadas en los tribunales penales, pues los monitorios en muchos tribunales no fueron acogidos, ya que los hechos descritos en ellos no se estimaban constitutivos del delito del 318 del Código Penal, razón por la que no se consideraba suficientemente fundado y se citaba al juicio de rigor.

Pero el dilema es que al rechazar el procedimiento monitorio, tampoco podemos, como tribunales, forzar al imputado a ir a juicio, por cuanto el mismo constituye un derecho, pero no una imposición por un criterio determinado por el tribunal sobre el caso.

Entonces, la situación fue compleja de definir, pues al mismo tiempo, como tribunales de garantía estamos obligados a velar por los derechos de todos los intervinientes y sólo por descongestionar el sistema y terminar una causa no po-



demos acoger en forma indiscriminada todos los monitorios, aplicando o no el artículo 398 del Código Procesal Penal si estimamos que el mismo no es delito.

Muchos fueron sobreseídos, algunos apelados y confirmados o revocados por las cortes de apelaciones. Algunos monitorios rechazados fueron, a su vez, impugnados con apelación. Algunas de ellas no fueron concedidas por los tribunales de garantía y el Ministerio Público recurrió de hecho. Otros también fueron acogidos y muchos fueron rechazados. Incluso en las mismas cortes hubo resoluciones distintas en diversas salas. Pero finalmente la excelentísima Corte Suprema, en fallos recientes ha asentado un importante criterio.

### POSTURA DE LA DEFENSORÍA

**-¿Qué opinión le merece la postura jurídica asumida por la Defensoría Penal Pública, en torno a este debate? ¿Cree importante la figura de un defensor que represente a las personas imputadas por este delito?**

-La postura de la Defensoría ha sido acorde con lo que la ciudadanía espera de un organismo que tiene por función prestar un servicio de defensa de calidad. Lo ha hecho con dedicación, análisis exhaustivo de estrategias de defensa coherentes y fundamentadas y con pleno respeto de los derechos de las personas, lo que ha implicado que el sistema funcione como debe ser en un estado de derecho.

Esto, pese a todas las circunstancias adversas y las implicancias que tuvo en el sistema la crisis por el Covid-19, que no sólo generó una modificación en el aumento significativo de causas y número de imputados, personas todas que han sido atendidas por la Defensoría, sino también ello implicó un cambio en la forma de dar debida atención a los usuarios, lo que se ha hecho con dedicación y esmero.

**-A través de fallos emblemáticos, la Corte Suprema resolvió que este ilícito no es un delito penal, pues no es una figura típica si no va acompañada de un riesgo real ¿Está usted de acuerdo con la forma en que se zanjó este debate? Explique sus razones...**

-Como jueza no puedo comentar los fallos judiciales. Sin embargo, creo que las sentencias emanadas del máximo tribu-

nal tuvieron tal importancia, que ello implicó que el Fiscal Nacional diera nuevas directrices de persecución penal en relación con el ilícito en comento. Y, obviamente, al existir ya un criterio sobre determinadas situaciones, implica una mayor certeza jurídica en torno al tema debatido, lo que conlleva a respetar varios principios, entre ellos la igualdad ante la ley respecto de los justiciables, pues no puede concebirse que, dependiendo de los criterios de los tribunales de instancias inferiores, el imputado pueda ser condenado o absuelto cuando el hecho es el mismo.

**-¿Cómo cree que se le debe explicar a la ciudadanía en qué casos infringir el artículo 318 constituye un delito penal?**

-Con palabras sencillas. No basta con infringir una norma sanitaria ni el toque de queda si no se da alguna circunstancia adicional, que implique un riesgo real para poner en peligro la salud pública, o alguna conducta que sea eventualmente idónea para generar el riesgo.

### DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL

**-¿Considera que la mejor manera de controlar la pandemia es mediante el uso de las herramientas que otorga el derecho penal? ¿Qué alternativas sugeriría?**

-En ningún caso se logra controlar la pandemia con el derecho penal. Incluso la detención, el encierro en los calabozos, los traslados hacia el tribunal o zona de Gendarmería en compañía de otros imputados, a fin de ser controlados, puede implicar un aumento de los contagios en vez de disminuirlos.

Pretender lo contrario implica desconocer absolutamente los fines del derecho penal y posiblemente implique instrumentalizar el sistema. Hace falta educación a la comunidad en torno a la pandemia, que se pueda lograr de una forma más efectiva y menos coercitiva generar conciencia social en torno al Covid-19.

**-¿Por qué cree que se insiste en utilizar la sanción penal como herramienta de control social?**

-Porque la sanción penal tiene la fuerza del imperio. Una norma social o de conducta que queda sólo al arbitrio de quien tiene que cumplirla podría ser ineficaz. Sin perjuicio de ello, utilizar una sanción penal para efectos intimidatorios o como herramienta de control social se contraponen absolutamente con el principio de *'ultima ratio'*, que implica que el derecho penal sólo puede ser utilizado por el Estado cuando los demás métodos han sido insuficientes para proteger los bienes jurídicos que se pretende resguardar. 