

DOS NUEVOS (TIPOS PENALES) Y DOS ANTIGUOS APLICABLES
A LAS RELACIONES LABORALES EN EL CONTEXTO
DE LA PANDEMIA EN CHILE*

TANIA GAJARDO ORELLANA**
Universidad de los Andes

ANGÉLICA TORRES FIGUEROA***
Pontificia Universidad Católica de Chile

CONSUELO SALINAS SÁNCHEZ****
Universidad Diego Portales

SUMARIO: I. Contexto relevante aplicable a las figuras a analizar. El estado de emergencia y las restricciones de relevancia penal-laboral. II. Primera parte: soluciones antiguas para problemas nuevos. El perjurio y la falsificación de documento público cometida por un particular. 1. Perjurio. a) Conducta típica y circunstancias. b) Sujeto activo. c) Aspectos subjetivos. 2. Falsificación de instrumento público. III. Segunda parte: soluciones ¿nuevas? para problemas ¿nuevos? El fraude al seguro de desempleo y la coacción del 318 ter. 1. Fraude al seguro de desempleo. a) Objeto de protección de la norma penal. b) Conducta típica y circunstancias. c) Posibles sujetos activos. d) Medios comisivos. e) Mismo fraude ¿por omisión? 2. La constricción para concurrir al lugar de trabajo ¿delito contra la salud? El artículo 318 ter. a) Objeto de protección de la norma penal. b) Conducta típica y circunstancias. c) El trabajador ¿es sujeto pasivo

* Este artículo fue publicado en la Revista de la Justicia Penal N° 14 especial COVID, con fecha 27 de agosto de 2020, páginas 87-131, disponible en https://www.librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJPdp_Dos-nuevos-y-dos-antiguos-tipos-penales-aplicables-a-las-relaciones-laborales-en-el-contexto-de-la-pandemia-en-Chile_TGajardo.pdf.

** Abogada Universidad de Chile. Magíster en Derecho Universidad de Navarra. Magíster en Derecho Universidad de los Andes. Candidata a Doctora Universidad de los Andes.

*** Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Penal Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra.

**** Abogada Universidad de Chile. Magíster en Derecho Universidad de Chile. Máster en Derecho Penal Universidad de Sevilla. Doctoranda en Derecho y profesora part time Universidad Diego Portales.

calificado u objeto sobre el que recae la conducta? d) Sujeto activo calificado. e) Responsabilidad penal de las personas jurídicas. f) Penas. IV. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: COVID-19, delitos, relaciones laborales.

Ciertamente dentro de todos los ámbitos que se han visto “afectados” por estos días, el ámbito laboral es quizás el segundo más relevante tras la salud. Y, en ambos, el recurso al derecho penal por parte de nuestros legisladores no se ha hecho esperar. Las respuestas penales antiguas y nuevas aquí descritas, son las que se relacionan con el pequeño ámbito de intersección entre el derecho penal y el laboral en época de pandemia. La relevancia de considerarlas en conjunto radica en cambiar el foco desde el infractor individual de la cuarentena para ponerlo en la principal causa por la que las personas, aun sabiendo que existe un riesgo para su vida y las de sus seres queridos, se “arriesgan” y salen a la calle: la necesidad del sustento que les proporciona el trabajo.

Las figuras que se tratan a continuación dan cuenta, primero, de las declaraciones falsas a la autoridad para obtener permisos, los que en ocasiones son utilizados para salir a buscar el sustento informal, y también de las falsificaciones de instrumentos y perjurio cometidos por empleadores para que los trabajadores (de actividades no esenciales) sigan igualmente trabajando; segundo, de los fraudes al seguro de desempleo que permite dejar de pagar las remuneraciones y que los trabajadores ocupen su propio ahorro para generar el sustento y, por último, de la posible coerción para que trabajadores bajo restricciones de carácter sanitario salgan a trabajar.

I. CONTEXTO RELEVANTE APLICABLE A LAS FIGURAS A ANALIZAR.

EL ESTADO DE EMERGENCIA Y LAS RESTRICCIONES DE RELEVANCIA PENAL-LABORAL

Debe tenerse en consideración que, con fecha 18 de marzo de 2020, mediante Decreto Supremo N° 104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se decretó el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en todo el territorio nacional, por un término de 90 días¹. Posterior-

¹ Decreto N° 104, del Ministerio del Interior y seguridad Pública, declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143580&idParte=0>. Fecha de consulta 5 de julio de 2020.

mente, mediante Decreto Supremo N° 269 de fecha 12 de junio de 2020, dicho estado de excepción se prorrogó por 90 días más². Debido a ello, la autoridad decidió hacer uso de sus facultades de restricción de libertades. Además, la autoridad sanitaria, mediante distintas resoluciones exentas del Ministerio de Salud, dispuso una serie de medidas en diversas regiones del país orientadas a resguardar la salud de la población, tales como: aislamiento, cuarentenas, cordones sanitarios, aduanas sanitarias, entre otras.

En ese contexto, el Oficio Ordinario N° 8.935 de marzo de 2020 del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, contiene un Instructivo –el que posteriormente ha sido actualizado, siendo la versión vigente a la fecha de redacción de este artículo la del 9 de julio de 2020–, que contiene la normativa que “rige en todas aquellas zonas, comunas, provincias y/o regiones que hayan sido declaradas por la autoridad sanitaria afectas a cuarentenas territoriales y/o a la medida de cordón sanitario”³. El documento otorga una serie de definiciones, entre las cuales están las referidas a diversos tipos de permisos, siendo relevante para efectos del presente trabajo el Permiso Único Colectivo, definido como “aquel solicitado por una empresa o institución de rubro esencial que se señale en este instructivo, sea pública o privada, para que sus trabajadores puedan asistir de manera presencial al lugar de trabajo y/o circular en el ejercicio de sus funciones, el cual debe ser obtenido a través de la Comisaría Virtual. Este permiso, se utilizará también para permitir el acceso y salida de un cordón sanitario, y circular en horario de toque de queda”.

Respecto a los rubros esenciales, el propio instructivo especifica que se trata de empresas consideradas servicios de utilidad pública, seguridad y prensa⁴. Para estos trabajadores, “este permiso reemplaza el uso de credenciales para el libre desplazamiento, en horario diurno, y al salvoconducto para el horario de toque de queda, siendo necesario obtenerlo para ser autorizados a asistir al trabajo de manera presencial y, por lo tanto, las personas deberán portar el

² Decreto N° 269, del Ministerio del Interior y seguridad pública, prorroga declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por el lapso que indica [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146700#:~:text=el%20Presidente%20de%20la%20Rep%C3%ABlica,un%20t%C3%A9rmino%20de%2090%20d%C3%ADas>. Fecha de consulta 5 de julio de 2020.

³ GOBIERNO DE CHILE. *Instructivo para permisos de desplazamiento*. Actualizado al 9 de julio de 2020 [en línea] https://cdn.digital.gob.cl/public_files/Campa%C3%B1as/Corona-Virus/documentos/Instructivo_Cuarentena_09072020.pdf p. 1. Fecha de consulta 14 de julio de 2020.

⁴ El instructivo detalla qué tipo de empresa se considera de utilidad pública, seguridad y prensa, pp. 7-11.

permiso único colectivo y la cédula nacional de identidad y presentarlos siempre ante la autoridad fiscalizadora al momento del control”⁵.

Los permisos, ya sean colectivos o individuales y salvoconductos, se deben obtener presencialmente en las Comisarías del país o a través de la página web de Carabineros de Chile “Comisaría Virtual”, por lo que, en los tiempos que corren, la regla general en los territorios sujetos a la medida de cuarentena es la prohibición de salir del domicilio, y en el caso de los trabajadores de rubros esenciales, se puede concurrir solo con el permiso correspondiente de la autoridad ya mencionado.

En los rubros no esenciales no hay permisos ni salvoconductos para concurrir a trabajar, lo que ha traído diversas consecuencias para los trabajadores: a) teletrabajo, b) mantención de su remuneración sin obligación de concurrir, c) suspensión de la relación laboral y aplicación de la Ley de Protección al Empleo, d) reducción de la jornada laboral con acceso a la Ley de Protección al Empleo o e) cesantía.

Esta situación restrictiva del desplazamiento de los ciudadanos con el fin de evitar los contagios en época de pandemia, nos ha puesto frente a problemas como la obtención de permisos con información falsa a la autoridad, la posibilidad de obtener fraudulentamente el dinero del seguro del desempleo que excepcionalmente se ha permitido girar a ciertos trabajadores, e incluso la falsedad de información de las empresas no esenciales, ampliando o modificando su giro ante el Servicio de Impuestos Internos a efectos de lograr permisos colectivos que les permitan seguir funcionando.

Algunas de las situaciones enunciadas que se abordarán en este trabajo incluso ampliaron el abanico de delitos por los que responden penalmente las personas jurídicas, como es el caso de los artículos 14 de la Ley de Protección al Empleo y 318 ter del Código Penal.

Se abordará en primer lugar el perjurio y las falsedades de instrumentos públicos, posibles hipótesis delictuales en las que puede incurrir tanto un trabajador como un empleador para lograr la concurrencia, en apariencia lícita, al lugar de trabajo. Aquí se enfrentan situaciones nuevas con tipos penales antiguos.

En segundo lugar, se trata el fraude especial al seguro de desempleo del artículo 14 de la Ley N° 21.227, en el que el legislador promueve un nuevo tipo penal para hacer frente a situaciones nuevas. Se reflexiona en este punto acerca de la necesidad de este nuevo tipo penal.

⁵ GOBIERNO DE CHILE, ob. cit., p. 2.

Por último, se considera el último de los tipos penales creados en esta época para enfrentar un presunto problema nuevo, propio de la situación que vivimos, contemplado en el artículo 318 ter del Código Penal, que consiste en la orden que un sujeto con autoridad sobre un trabajador le da para que salga de su domicilio a trabajar, orden contraria a las restricciones dictadas por la autoridad. Se reflexiona acerca de su naturaleza y necesidad.

II. PRIMERA PARTE: SOLUCIONES ANTIGUAS PARA PROBLEMAS NUEVOS.

EL PERJURIO Y LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO COMETIDA POR UN PARTICULAR

El análisis del artículo 210, en el contexto de este trabajo, solo aborda su aplicación relacionada con las relaciones laborales al interior de una empresa y no con otras conductas que podrían ser constitutivas de colusión, corrupción entre privados, fraude al Fisco, obtención fraudulenta de prestaciones estatales, entre otras.

Así, una vez descritas las restricciones a las que nos encontramos sometidas dado el estado de emergencia, se vislumbra la posibilidad de ejecutar conductas, por parte del empleador, que sean constitutivas de delitos, por ejemplo: declarando, al momento de solicitar el permiso, que la empresa en cuestión corresponde a un servicio de utilidad pública, seguridad o prensa, en circunstancias que no es así; o adulterando un permiso existente que haya sido válidamente emitido. Debido al tipo de conducta desplegada, es necesario distinguir:

a) Si la conducta del empleador consiste en efectuar una declaración falsa para solicitar un permiso único colectivo, el tipo penal aplicable es el de perjurio. Lo que se verá a continuación.

b) Si la conducta del empleador consiste en cometer falsedad en el documento propiamente tal, el tipo penal aplicable es el de falsificación de documento público cometido por un particular. Lo que se verá al final de esta parte del trabajo.

1. Perjurio

A continuación, se hará referencia a dos artículos del Código Penal, los que de acuerdo con la doctrina podrían recoger el delito de perjurio.

En efecto, afirman Matus y Ramírez que, antes de la entrada en vigor de la Ley N° 20.074, existía acuerdo entre los autores nacionales en que el delito de perjurio del artículo 210 del Código Penal era una forma general de faltar a la verdad bajo la fe del juramento o promesa de verdad, tanto ante autoridad judicial (en causas no contenciosas), como ante la autoridad no perteneciente al

orden judicial (en materias administrativas), siendo una figura genérica frente a la cual el antiguo delito de falso testimonio era un caso especial⁶.

La reforma introducida por la Ley N° 20.074 cambió este panorama, al sustituirse el antiguo delito de presentación de testigos y documentos falsos por una falta que contempla una nueva figura genérica y residual de faltar a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por ley⁷. Añaden los mismos autores que el artículo 210 ha de entenderse tácitamente derogado por estar comprendido en el artículo 212⁸. El artículo 210 establece:

El que ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Por su parte, el artículo 212 establece:

El que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes faltare a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por ley, será castigado con la pena de prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

Respecto a la derogación tácita, es posible señalar que esta se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera⁹. En el caso concreto, puede resultar discutible que los artículos 210 y 212 sean contradictorios, siendo apreciable más bien que el artículo 212 revela de manera explícita una exigencia que no se aprecia en el artículo 210 (promesa o juramento exigida por ley). Las figuras comparten elementos, pudiendo producirse entonces, en un caso concreto, un concurso aparente de leyes penales que debe resolverse con base en alguno de los criterios establecidos por la doctrina para ello.

⁶ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, tomo II. Santiago, Chile: Thomson Reuters (2015), p. 347.

⁷ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 4.

⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.074 [en línea] Fecha de consulta 6 de julio de 2020 https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5562/HLD_5562_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

⁹ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil, Partes Preliminar y General*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica (1998), p. 192.

Si se opta por el principio de especialidad, en los casos en que exista por ley una exigencia de efectuar una declaración bajo juramento o promesa, debería prevalecer el artículo 212 por sobre el artículo 210, en el entendido que el artículo 212 contempla expresamente en su descripción dicha exigencia. Sin embargo, la pena establecida para la conducta descrita en el artículo 212 es de prisión, siendo inferior a la establecida en el artículo 210. El artículo 210, en tanto, no incorpora la exigencia de juramento o promesa. Por lo tanto, se produciría la paradoja de que, en aquellos casos en que la ley exige la promesa o juramento de decir verdad y el sujeto miente, tendría una sanción inferior a aquellos casos en que miente sin que la ley le exige juramento o promesa de decir verdad. Por ello, el principio adecuado para resolver el concurso aparente podría ser el de consunción y no el de especialidad, en el entendido que el artículo 210 recogería de mejor manera –por la pena asociada– el desvalor de esa conducta, contemplando tanto las hipótesis en que se ha faltado a la verdad cuando la ley exige promesa o juramento, y cuando no existe dicha exigencia.

Respecto a este punto, cabe mencionar que al revisar la historia de la Ley N° 20.074, se desprende claramente que la intención del legislador era modificar el artículo 210, por ser confusa su redacción. La propuesta legislativa incluía la redacción del artículo 212 como una figura de perjurio más clara que la del 210 y como nuevo artículo 210 se proponía la incorporación de una circunstancia atenuante derivada de la retractación oportuna de quien hubiese incurrido en las conductas contempladas en los artículos 206 a 209. Incluso se menciona que los personeros de gobierno manifestaron que esta proposición tiene por objetivo ubicar mejor al artículo 210 del Código Penal, que fue reemplazado por la disposición discutida en el número anterior (212). La idea es penar a quien frente a una obligación legal de prestar una declaración jurada realice una declaración falsa. No resulta del todo claro por qué no se efectuó una derogación expresa y hoy en día subsisten ambos artículos en el Código Penal.

Una forma de diferenciar los contenidos de ambas figuras podría ser considerar que la declaración efectuada en virtud del artículo 212 no se realiza directamente ante la autoridad, sino que llega a esta a través del sistema de Comisaría Virtual, de manera similar a lo que ocurre con las declaraciones juradas que se remiten a la autoridad aduanera.

A continuación, se efectuará una revisión del delito de perjurio, contemplado en el artículo 210 del Código Penal, teniendo en consideración los argumentos previamente esbozados respecto a la resolución de un eventual concurso aparente de leyes penales. Esto, ligado a que el propio instructivo de permisos de desplazamiento establece que “la falsedad respecto a los hechos y circunstancias

declarados por los solicitantes a través del portal www.comisariavirtual.cl serán sancionados de acuerdo con el Código Penal”¹⁰.

En cambio, en la página web “Comisaría Virtual”, se precisa que, en caso de comprobarse falsedad en la declaración efectuada al momento de solicitar un permiso, se incurrirá en las penas del artículo 210. Además, como se analizará más adelante, la solicitud de permisos a través de la plataforma virtual contempla la exigencia de una declaración jurada simple, no siendo una solemnidad exigida por ley, por lo que la remisión al artículo 210 sería acertada.

La doctrina referida al artículo 210 señala que se puede definir este delito como la declaración falsa prestada ante una autoridad bajo juramento, en los casos que la ley impone esta exigencia, y siempre que ello no constituya el delito de falso testimonio¹¹ o una infracción al deber de decir verdad cuando se declara ante una autoridad no vinculada a la Administración de Justicia sino vinculada, en términos amplios, con la Administración Pública¹².

a) Conducta típica y circunstancias

La conducta sancionada consiste en “perjurar” o “dar falso testimonio”. De acuerdo con la RAE, perjurar significa jurar en falso o faltar a la fe ofrecida en el juramento¹³. La conducta está referida a prestar declaración falsa ante una autoridad bajo juramento o promesa. Se diferencia del delito de falso testimonio en que, en este último, la declaración debe ser prestada por un testigo, perito o intérprete ante un tribunal en una causa criminal o civil, lo que no ocurre en el perjurio, en el cual se presta declaración por cualquier persona ante una autoridad, pudiendo ser esta declaración verbal o escrita y corresponder a hechos propios o no. La autoridad ante la cual se presta la declaración es una de orden administrativo o bien judicial y, en este último caso, siempre que se trate de materias no contenciosas, esto es, cuestiones que, aunque son ventiladas ante tribunales de justicia, no impliquen el ejercicio de la función jurisdiccional¹⁴. En la jurisprudencia, la discusión central gira en torno a dilucidar si el juramento

¹⁰ GOBIERNO DE CHILE, ob. cit., p. 2.

¹¹ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo IV. Santiago, Chile: Editorial Jurídica (2014), p. 121.

¹² RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*. Segunda edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica (2015), p. 453.

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [en línea] <https://dle.rae.es/perjurar?m=form> Primera acepción. Fecha de consulta 5 de julio de 2020.

¹⁴ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 457.

o promesa debe ser legalmente exigido como solemnidad en la declaración o si dicho juramento o promesa es innecesario para configurar el delito.

En cuanto a la modalidad de comisión, respecto a la posibilidad de perjurar por omisión, señalan Matus y Ramírez que la estructura típica no lo permite, al igual que como ocurre en las falsedades vertidas en el proceso, pues se requiere faltar a la verdad en la declaración¹⁵.

En el caso concreto, la conducta de un empleador que miente al momento de solicitar un permiso único colectivo indicando, por ejemplo, que el rubro de la empresa es esencial en circunstancias que no lo es, configuraría una falta a la verdad, una declaración falsa ante una autoridad. La declaración jurada, en tanto, corresponde a una declaración jurada simple, toda vez que la ley no exige el juramento como solemnidad para la realización de este trámite¹⁶.

b) Sujeto activo

El delito de perjurio puede ser cometido por cualquier persona; se trata de un delito común que no requiere un sujeto calificado para su comisión. En el caso concreto, la conducta sería cometida por el empleador que solicita el permiso único colectivo, no pudiendo imputarse responsabilidad penal a la empresa, en cuanto persona jurídica, por no estar el perjurio dentro del catálogo de delitos contemplados en la Ley N° 20.393.

c) Aspectos subjetivos

Como ocurre en el caso de todas las falsedades, este delito requiere la concurrencia de dolo directo, siendo impune la conducta culposa¹⁷.

2. Falsificación de instrumento público

El tipo penal aplicable en este caso sería el artículo 194 del Código Penal, que establece:

El particular que cometiere en documento público o auténtico alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

¹⁵ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 349; pp. 341 y 342.

¹⁶ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 456. Los autores hacen referencia al concepto de “declaraciones juradas simples”, entendiendo que son aquellas respecto de las cuales el juramento ante alguna autoridad no es solemnidad exigida por la ley.

¹⁷ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 350.

Las falsedades a las que hace referencia el tipo son las descritas en el artículo 193¹⁸, desplegadas por un funcionario público. Por lo tanto, a diferencia de la hipótesis de perjurio, en que el empleador falta a la verdad al solicitar el permiso único colectivo, en este caso existe un permiso previamente emitido, el que se considera documento público o auténtico; respecto de ese documento se comete alguna de las falsedades previamente enumeradas¹⁹.

Ahora bien, para dar aplicación a este tipo penal debe poder argumentarse que el permiso único colectivo es un documento público. Como se ha señalado previamente, la autoridad lo ha definido como “aquel solicitado por una empresa o institución de rubro esencial que se señala en este instructivo, sea pública o privada, para que sus trabajadores puedan asistir de manera presencial al lugar de trabajo y/o circular en el ejercicio de sus funciones, el cual debe ser obtenido a través de la Comisaría Virtual. Este permiso se utilizará también para permitir el acceso y salida de un cordón sanitario, y circular en horario de toque de queda²⁰”.

Por lo tanto, para afirmar que se trata de un documento público, debe analizarse quién emite el documento y cuál es el contenido de este.

Respecto al emisor del documento, la institución emisora es Carabineros de Chile, por mandato del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de acuerdo con lo establecido en Instructivo vigente al 9 de julio de 2020, dictado de conformidad con Oficio Ordinario N° 8.935 de marzo de 2020, del Ministerio de Interior y Seguridad Pública. De acuerdo con la Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de dicha institución, “Carabineros de Chile es una

¹⁸ Hipótesis de falsedad del artículo 193 del CP:

1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.

2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

3° Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4° Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

5° Alterando las fechas verdaderas.

6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.

7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.

8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.

¹⁹ Extensa ha sido la discusión en doctrina respecto al objeto material del delito de falsificación de instrumento público y a si la figura del artículo 194 puede extenderse a todas las hipótesis del artículo 193, o solo a las denominadas falsedades “materiales”, y no a las falsedades “ideológicas”. Por exceder el alcance de este trabajo, el mismo no se hará cargo de esas discusiones y solo se centrará en analizar si el Permiso Único Colectivo puede ser considerado documento público para efectos de poder dar aplicación al artículo 194 del Código Penal.

²⁰ GOBIERNO DE CHILE, ob. cit., p. 3

Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden y la seguridad públicos interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley. Dependerá directamente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y se vincula administrativamente con este a través de la Subsecretaría del Interior”²¹. Por lo tanto, se trata de una institución que ejerce una función pública, siendo posible afirmar que quien emite el documento, al ser funcionario de dicha institución, es un funcionario público que actúa en el ejercicio de sus funciones.

Es necesario tener presente que el documento en cuestión se emite a través de una plataforma web denominada “Comisaría Virtual”, lo que podría generar dudas respecto a su naturaleza. Así lo han reconocido Matus y Ramírez, para quienes “la cuestión que surge de la irrupción legal de esta clase de documentos es determinar si, por su diferente forma de creación, almacenamiento y forma de recuperación o lectura, las alteraciones que se hagan a su contenido son susceptibles o no de encuadrarse en las figuras relativas a las falsificaciones”²². A ese respecto corresponde mencionar que, en Chile, los documentos electrónicos están regulados en la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Esta ley, en su artículo 2° d), define el documento electrónico como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”²³. El artículo 3°, en tanto, establece que “los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”.

²¹ Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30329> Fecha de consulta 16 de julio de 2020.

²² MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 401.

²³ Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma [en línea] <https://www.leychile.cl/Consulta/listaresultadosimple?cadena=19799>. Fecha de consulta 16 de julio de 2020.

De acuerdo con los autores previamente citados, “lo relevante para calificarlos como documentos públicos será que en ellos se manifieste la existencia, modificación o extinción de alguna obligación y que se realicen y archiven por un empleado público con la solemnidad indicada (firma electrónica avanzada)”²⁴. Por lo tanto, si la plataforma web permite que se cumpla con dichos parámetros, es posible afirmar que los documentos emitidos por Carabineros de Chile a través de la plataforma son documentos públicos. Para ello, es útil tener en consideración que la propia plataforma señala que ha sido desarrollada por la División de Gobierno Digital del Ministerio Secretaría General de la Presidencia²⁵. Dicha división es la “encargada de la Transformación Digital del Estado y tiene la misión de cumplir con el nuevo mandato legal del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES): coordinar y asesorar intersectorialmente a los órganos de la Administración del Estado en el uso estratégico de las tecnologías digitales, apoyando su uso, datos e información pública para mejorar la gestión y la entrega de servicios cercanos y de calidad a las personas”²⁶. Por lo tanto, la digitalización efectuada ha sido en cumplimiento de un mandato de autoridad, al ahero de normativa que regula esta materia, por lo que no sería cuestionable la utilización de la plataforma digital para la emisión del documento en análisis. Por otra parte, es necesario tener presente que los documentos efectivamente cuentan con firma electrónica avanzada²⁷.

Respecto al contenido del documento, este da fe de una situación concreta: da cuenta del cumplimiento de requisitos exigidos por la autoridad para que una persona determinada pueda circular en territorios que se encuentran en cuarentena, pueda acceder y salir de un cordón sanitario, y pueda circular en horario de aislamiento nocturno en residencia habitual, conocido mediáticamente como toque de queda.

Por lo tanto, de acuerdo con todo lo señalado previamente, las falsedades que puedan cometerse respecto del permiso único colectivo podrían calificarse como falsificación de instrumentos públicos, de acuerdo con el artículo 194 del Código Penal.

²⁴ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 402.

²⁵ Comisaría Virtual [en línea] <https://comisariavirtual.cl/>. Fecha de consulta 16 de julio de 2020.

²⁶ Gobierno Digital de Chile [en línea] <https://digital.gob.cl/nosotros>. Fecha de consulta 16 de julio de 2020.

²⁷ En efecto, al menos hasta el 16 de julio de 2020, la firma electrónica avanzada es la del Comisario, Teniente Coronel Juan Velásquez Villarroel.

En conclusión, las falsedades cometidas por los empleadores al solicitar permisos con antecedentes falsos son subsumibles bajo el tipo penal de perjurio cuando se aportan antecedentes falsos al momento de obtener el permiso; y bajo la figura de falsificación de instrumento público, cuando se ejecuta la adulteración de un permiso válidamente emitido. Eventualmente, cuando existe uso de un documento así obtenido, podría configurarse el delito de uso de instrumento público falso. La imputación del uso por parte del trabajador debiera analizarse bajo la posibilidad de actuar bajo la inducción de su empleador, lo que podría acarrear consecuencias exculpatorias²⁸.

III. SEGUNDA PARTE: SOLUCIONES ¿NUEVAS? PARA PROBLEMAS ¿NUEVOS? EL FRAUDE AL SEGURO DE DESEMPLEO Y LA COACCIÓN DEL 318 TER

1. Fraude al seguro de desempleo

Con fecha 6 de abril de 2020 entró en vigor la Ley N° 21.227 que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales.

El objetivo principal de esta ley es tutelar las fuentes laborales durante la crisis sanitaria, evitando despidos y dando la posibilidad de que, en determinadas hipótesis, los trabajadores puedan acceder a los fondos del seguro de desempleo, liberando a los empleadores de pagar total o parcialmente las remuneraciones de aquellos de sus trabajadores que accedan a dicho seguro por el tiempo que señala la ley.

La ley contempla tres situaciones en las que se podrá acceder a las prestaciones del seguro de desempleo. Estas son:

a) Existencia de un acto o declaración de la autoridad que no permita a los trabajadores prestar los servicios contratados (según lo dispuesto en el art. 1°)²⁹,

²⁸ Las órdenes de salir del domicilio del trabajador al lugar de trabajo estando en cuarentena o aislamiento sanitario, posterior al 20.06.2020 podría subsumirse bajo el nuevo tipo penal del artículo 318 ter; las realizadas en el período entre la declaración del estado de emergencia y el 19.06.2020 podrían reconducirse a estas figuras si se produjo la salida y esta se realiza con un permiso obtenido mediante declaración jurada falsa (perjurio cometido por el empleador) o si se porta un instrumento público falso. Los posibles concursos entre ambas figuras posterior a la entrada en vigencia del 318 ter se podrían resolver a través del concurso real, ya que se trata de tipos penales que protegen bienes jurídicos distintos, según se desarrolla en este artículo. Los primeros protegen bienes jurídicos colectivos, el segundo un bien jurídico individual.

²⁹ Requisitos: i) Acto emanado de la autoridad competente que establezca medidas sanitarias o de seguridad interior para el control del Covid-19; ii) Acto debe impedir o prohibir totalmente la prestación de servicios; iii) Resolución del Ministerio de Hacienda; iv) Trabajadores afiliados

como podría ser la declaración de cuarentena en un determinado territorio. En este caso la relación laboral se suspende de pleno derecho.

b) Existencia de un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo suscrito entre empleador y trabajador, el que deberá cumplir con los requisitos contemplados en el art. 5° de la ley³⁰.

c) Existencia de un pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo suscrito entre empleador y trabajador de acuerdo con los requisitos del art. 8° de la ley³¹.

En estas tres hipótesis excepcionales de acceso al seguro de desempleo, la ley autoriza al trabajador a percibir dinero desde los fondos del seguro de desempleo, aunque quizás lo correcto sería decir que autoriza al empleador a suspender total o parcialmente el pago de las remuneraciones de sus trabajadores y que, en cambio, estas sean enteradas con los fondos del seguro de cesantía de cada trabajador.

Es relevante, para los efectos de este trabajo, conocer quién es el propietario de los fondos del seguro de cesantía. En este sentido, la Ley N° 19.728 que establece el seguro de desempleo señala que la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía (en adelante AFC) crea, para cada afiliado, una Cuenta Individual de Cesantía cuyos recursos acumulados son de propiedad de cada trabajador. Adicional a esto, existe un Fondo de Cesantía Solidario que es un fondo común de reparto, conformado por aportes del empleador y del Estado (se trata de un aporte que el Estado hace al fondo, no a un trabajador en particular) cuya propiedad no pertenece a ningún trabajador en particular, sino que a todos los trabajadores afiliados. Se utiliza para complementar el beneficio cuando el saldo de la Cuenta Individual de Cesantía es insuficiente. El sistema del seguro de cesantía a cargo de la AFC contempla la administración de ambos fondos.

al seguro de cesantía; v) No haber suscrito pacto de continuidad de prestación de servicios; vi) No estar recibiendo subsidio de incapacidad laboral.

³⁰ Requisitos: i) Debe encontrarse fuera del periodo establecido en el acto de autoridad o medida, desde la declaración de Estado de Catástrofe; ii) debe tratarse de empleadores cuya actividad se vea total o parcialmente afectada, presumiéndose que lo está parcialmente si en el mes anterior a la suscripción del pacto sus ingresos por ventas o servicios netos de IVA hayan experimentado una caída igual o superior a un 20% respecto del mismo mes del año anterior.

³¹ El empleador deberá encontrarse en alguna de las siguientes situaciones: a) Disminución promedio de ventas que exceda al 20% calculado del promedio de sus ventas declaradas en el mismo período de 3 meses del ejercicio anterior; b) Encontrarse actualmente en procedimiento concursal de reorganización; c) Encontrarse actualmente en procedimiento de asesoría económica de insolvencia; d) Empleadores que sin acto o declaración de autoridad necesiten reducir o redistribuir la jornada para mantener continuidad o proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores.

La prestación por cesantía consiste en el retiro de los fondos acumulados en la cuenta individual del afiliado y del fondo de cesantía solidario, cuando corresponda. En el caso de la ley de protección al empleo, los trabajadores que acceden a la prestación excepcional contemplada en ella utilizan sus propios fondos y, si estos no son suficientes, acceden también al complemento que se encuentra en el fondo solidario que proporciona el Estado.

Si el trabajador nunca hace uso de los fondos de su cuenta individual de cesantía, el dinero acumulado puede ser retirado en cuotas, en un solo giro o ser traspasado directamente al fondo de capitalización individual de la AFP –con excepción de las personas pensionadas por invalidez parcial– por lo que en realidad estos fondos no se pierden, sino que quedarán disponibles para el trabajador con las restricciones mencionadas.

Finalmente, resulta interesante hacer mención al Dictamen N° 1.762-08 de la Dirección del Trabajo de fecha 3 de junio de 2020 en cuanto señala que “las disposiciones de la ley en comento (21.227) tienen un carácter absolutamente excepcional y, por tanto, se justifican solo y únicamente en razón de la emergencia sanitaria, para procurar paliar sus más graves consecuencias en el ámbito laboral; por consiguiente, los empleadores cuyas actividades no han resultado afectadas por la emergencia sanitaria no podrán legítimamente recurrir a los mecanismos excepcionales que prevé la ley, y si, pese a ello, lo hacen, podrán aplicarles las sanciones establecidas en la misma ley, incluidas las de carácter penal”³².

En el artículo 14 de la Ley N° 21.227, se tipifica una figura especial de fraude cuyo objetivo es evitar el uso abusivo de la excepción autorizada en la ley, sancionando con pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo a quienes obtuvieren, mediante simulación o engaño, complementos y/o prestaciones y a quienes, de igual forma, obtuvieren un beneficio mayor al que les corresponda. El texto del artículo es el siguiente:

Artículo 14: Las personas que, conforme a la presente ley, obtuvieren mediante simulación o engaño complementos y/o prestaciones y, quienes, de igual forma, obtuvieren un beneficio mayor al que les corresponda, serán sancionadas con reclusión menor en sus grados medio a máximo. Igual sanción será aplicable a quienes faciliten los medios para la comisión de tales delitos. Lo anterior, es sin perjuicio de la obligación de restituir las sumas indebidamente percibidas, con los reajustes que conforme a derecho correspondan.

Los empleadores que sean personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el inciso anterior que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos

³² Dictamen Dirección del Trabajo N° 1.702-08, de fecha 3 de junio de 2020, p. 2.

principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión de tales delitos fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión, y serán sancionados con multa a beneficio fiscal correspondiente al doble del monto del beneficio indebidamente recibido y prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado por dos años.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables los empleadores que sean personas jurídicas, cuando dichos delitos sean cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Los empleadores personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hubieren cometido dichos delitos exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Durante el tiempo de vigencia de esta ley, el hecho previsto en los incisos anteriores será de aquellos que dan lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para la determinación e imposición de sus penas, así como de las demás normas pertinentes, se entenderá que se trata de un simple delito.

a) Objeto de protección de la norma penal

Antes de estudiar la conducta sancionada y considerando que se trata de una figura nueva en nuestra legislación penal, se analizará el objeto que intenta proteger la norma penal haciendo algunas precisiones importantes. Se podría pensar que se trata de un delito que atenta contra la hacienda pública o patrimonio fiscal, como ocurre con el fraude de subvenciones (art. 470 N° 8)³³, sin embargo, como ya se ha señalado, los fondos de la cuenta individual del seguro de cesantía pertenecen a cada trabajador, por lo que dicha idea debe ser descartada.

No obstante lo anterior, pese a que los fondos son de propiedad del trabajador, tampoco parece correcto entender que lo protegido sea el patrimonio, pues es el mismo trabajador quien recibe el dinero y, evidentemente, no podría defraudarse a sí mismo. Adicional a esto, la figura no sigue la regla general en materia de delitos contra el patrimonio, pues la pena asignada no depende del monto de lo defraudado, sirviendo esto como otro argumento para rechazar la idea del patrimonio como objeto de protección de la norma.

³³ En este sentido: MAYER, Laura, “Obtención fraudulenta de prestaciones estatales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online], N° 32, 2009 pp. 283-325. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100008#50.

Resulta interesante y atinente al tipo penal en comento, lo que se señala respecto del delito de defraudación a la seguridad social del Código Penal español, en cuanto a que “debe interpretarse a la luz de la categoría dogmática de los delitos acumulativos (*Kumulationsdelikte*), que tratan de prevenir la masiva imitación de estas conductas en la sociedad. La afección al bien jurídico no puede afirmarse desde la óptica de un comportamiento individual, pero sí ante la generalización y reiteración de conductas defraudatorias que aisladamente resultarían inocuas”³⁴.

Parece apropiado sostener que el correcto funcionamiento del sistema de protección a los trabajadores puede verse afectado a partir de la generalización y repetición de conductas defraudatorias como las que prevé la norma en comento, es por ello que se propone que el objeto de protección la norma, en este caso, sería el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social, en el mismo sentido que Mayer³⁵, quien sostiene que se trata de un delito cuyo bien jurídico protegido es de carácter colectivo, aludiendo derechamente al sistema de seguridad social.

b) Conducta típica y circunstancias

La acción típica sancionada es la “obtención” de complementos o prestaciones, sin tener derecho a ello, o de beneficios mayores a los que correspondan en el marco de la ley, mediante simulación o engaño. Por obtener ha de entenderse “el alcanzar, conseguir y lograr una cosa que se solicita o pretende”³⁶, por lo que el tipo estará consumado cuando se produzca dicho resultado, esto es, la obtención del complemento o prestación indebida o producido el mayor beneficio indebido. Lo anterior no impide poder castigar la conducta en un estado imperfecto de ejecución.

c) Posibles sujetos activos

Es claro que podrá cometer las conductas allí descritas cualquier persona que tenga la calidad de trabajador. Además, aplicando la pena de autor a conductas

³⁴ BUSTOS, Miguel, “El fraude contra la seguridad social en el código penal: Discusión sobre los intereses tutelados”, en *Revista UNIR Penal Económico* (online 2017), disponible en: <https://www.unir.net/wp-content/uploads/2017/11/Fraude-Seguridad-Social.pdf>.

³⁵ MAYER, Laura, Ponencia en Seminario Internacional: *Derecho Penal y COVID-19: una visión hispanoamericana*. Fecha 15 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KAJxJxdBdGI>.

³⁶ MAYER, ob. cit., pp. 296-297.

constitutivas de complicidad, la norma sanciona a aquellos terceros ajenos a la relación laboral que participen del hecho suministrando los medios para cometer el delito. Adicionalmente, el empleador, sea que se trate de una persona natural o jurídica, también podrá ser sujeto activo del tipo penal, pues el artículo expresamente consagra que los empleadores que sean personas jurídicas serán responsables por el fraude, bajo el modelo de atribución de responsabilidad del artículo 3° de la Ley N° 20.393.

Así, el artículo 14 viene a ampliar el catálogo de delitos contemplado en la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La norma reproduce casi íntegramente el artículo 3° de la Ley N° 20.393, es decir, una persona jurídica podrá ser penalmente responsable por la comisión de este delito si ejecuta la conducta descrita en el tipo penal analizado, cumpliendo además los requisitos del régimen especial de responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, que se cometa en beneficio de la persona jurídica, lo que ocurrirá al evitarse el pago de remuneraciones y comprobando que se han incumplido los deberes de supervisión y vigilancia, siendo la sanción una multa a beneficio fiscal, correspondiente al doble del monto del beneficio indebidamente recibido.

Es importante precisar que no todas las conductas descritas son susceptibles de ser cometidas por ambos posibles sujetos activos. La propuesta, en este sentido, es que los trabajadores podrán realizar la conducta de obtención de prestaciones (hipótesis de los artículos 1° y 5° de la ley) o de complementos (en la hipótesis del artículo 8°)³⁷. Por su parte, como en estricto sentido la empresa no recibe ningún pago (las prestaciones o complementos las recibe siempre el trabajador), el empleador solo podrá realizar la conducta consistente en obtener un beneficio mayor al que le corresponde, lo que se traduce en el no pago del total o parte de las remuneraciones no encontrándose la empresa en algunas de las hipótesis que hacen procedente el acceso de los trabajadores al seguro de desempleo.

Las personas naturales, sea trabajador o empleador, serán sancionadas con reclusión menor en sus grados medio a máximo y con la obligación de restituir las sumas indebidamente percibidas, que en el caso del trabajador será lo que indebidamente o en exceso percibió y en el caso del empleador aquel mayor beneficio, lo que se traduce en los montos que, por concepto de remuneración, haya dejado de pagar en todo o parte a sus trabajadores.

³⁷ En la hipótesis del artículo 1° será el trabajador quien solicita directamente a la AFC el acceso al seguro de desempleo, mientras que en las hipótesis de los artículos 5° y 8° deberá probarse la existencia de un acuerdo con el empleador, ya que la solicitud se realiza de forma conjunta.

A primera vista parece ser que empleador y trabajador deben actuar concertados para la comisión de este delito, pues uno de los requisitos para el pago del complemento o prestación al trabajador es la suscripción de un pacto con su empleador, debiendo entonces imputarse el delito a ambos. Esto podría ocurrir en el caso que, por ejemplo, se suscriba el pacto de suspensión de contrato, pero el trabajador continúe trabajando, recibiendo por tanto su remuneración habitual además del dinero de su seguro de cesantía. Sin embargo, para que se produzca la “obtención” de las prestaciones, complementos o beneficios mayores, por regla general se requerirá del actuar del empleador, toda vez que en su mayoría las hipótesis en las que procede la excepción hacen referencia al estado de la actividad de la empresa, como más adelante se detalla.

Relevante para despejar lo anterior es considerar que, en el contexto laboral, difícilmente encontremos un acuerdo libre y espontáneo, ya que la relación laboral es por definición desigual. Entonces, en casos en que un trabajador se vea forzado a suscribir el acuerdo para suspender su trabajo o reducir su jornada, podría operar la inexigibilidad de otra conducta como causal de exculpación³⁸.

En este sentido, en palabras de Vargas: “el derecho reconoce la existencia de circunstancias anormales que presionan la voluntad del sujeto para determinarse según la norma. Si la presión es de tal magnitud que impide al autor su cumplimiento, no le es exigible hacerlo. El sujeto no pudo determinarse de acuerdo con la comprensión por la fuerza de las circunstancias. No era libre para decidir, a pesar de su comprensión”³⁹. Asimismo, Cury entiende que “en todos los casos de no exigibilidad, el sujeto quiere, o por lo menos, acepta ejecutar la conducta típica, a conciencia incluso, de su antijuridicidad, pero esta voluntad de realización se ha formado en él defectuosamente como consecuencia de la presión ejercida sobre sus motivaciones por las circunstancias concomitantes que, sin suprimirlas del todo, han limitado, sin embargo, considerablemente su libertad”⁴⁰.

Frente a esto, y a la aclaración que ya se hizo acerca de que el dinero pertenece al trabajador, sobre la base del principio de prohibición del enriquecimiento ilícito se podría interpretar que, si los trabajadores recibieron sumas de dinero

³⁸ Podría configurarse la causal del artículo 10 número 9 del Código Penal, actuar bajo el miedo insuperable de perder su fuente laboral.

³⁹ VARGAS, Tatiana, *Manual de Derecho Penal Práctico*. Santiago: Legal Publishing (2010), p. 181

⁴⁰ CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, tomo II, décima edición. Santiago: Editorial UC (2011), p. 79.

indebidamente a causa de un pacto firmado bajo coacción o bien producto de simulación o engaño ejecutado por la empresa, esta última será siempre la encargada de restituir estas sumas, ya que el trabajador no podría enriquecerse ilícitamente al recibirlas, ya que son de su propiedad. Por lo demás, lejos de enriquecerse, el trabajador verá mermado su fondo de cesantía mientras que el empleador se ve indebidamente beneficiado.

d) Medios comisivos

Respecto a los medios comisivos, el tipo penal hace referencia al uso de simulación o engaño en la obtención de las prestaciones, complementos o beneficios. En este sentido, Etcheberry señala que “lo propio de la simulación es la existencia de apariencias externas que induzcan al sujeto pasivo a formarse por sí mismo una representación o juicio acerca de la realidad que no corresponda con ella”⁴¹. Garrido Montt, por su parte, entiende por engaño “faltar a la verdad, al expresar algo o al ejecutarlo para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir, entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación) u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)”⁴². Menos exigencias plantean autores como Politoff y Hernández, quienes entienden que una simple mentira o afirmación mendaz puede constituir engaño típico, sin que sea necesaria una puesta en escena⁴³.

Para que opere la excepción deben darse ciertos presupuestos que deben ser acreditados por el empleador, en este sentido, para la configuración del tipo penal será necesario que se falsee cierta información o ciertos datos para el acceso a las prestaciones complementos o beneficios contemplados en la ley, que de otra manera no se obtendrían. Lo cierto es que la idea de que la simple mentira podría bastar para configurar el engaño típico parece sostenible para la generalidad de las defraudaciones, sin embargo, no parece suficiente para todas las hipótesis del tipo penal en análisis. Pareciera ser que algunos

⁴¹ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo III, tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999), p. 394

⁴² GARRIDO, ob. cit., p. 332.

⁴³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, segunda edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 431; HERNÁNDEZ, Héctor, Aproximación a la problemática de la estafa, en AA.VV. *Problemas Actuales del Derecho Penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco (2003), pp. 161 y ss.

de los presupuestos requerirán de algo más que una simple mentira para ser simulados o falseados, siendo necesario que la mentira vaya reforzada de apariencias externas, en palabras de Etcheberry: “que se trate de una mentira circunstanciada o compleja”⁴⁴.

Por ejemplo, para que proceda el pago del seguro de desempleo respecto de los trabajadores que hayan suscrito un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º, se deberá presentar ante la AFC una declaración jurada simple, suscrita por trabajador y empleador, en la que se dé cuenta de la situación de hecho de encontrarse la actividad de la empresa afectada total o parcialmente y que el trabajador o trabajadores no se encuentran percibiendo subsidio por incapacidad laboral. Señala finalmente el artículo que las partes serán personalmente responsables de la veracidad de las declaraciones del documento. En esta hipótesis, pareciera ser que la simple mentira puede ser suficiente para configurar el tipo penal, toda vez que basta con la presentación de la declaración jurada simple –la que puede contener aseveraciones falsas– para que la AFC acceda a las prestaciones, complementos y beneficios.

Lo mismo respecto de aquellos empleadores cuyas empresas, establecimientos o faenas hayan sido exceptuadas del acto o declaración de autoridad o resolución a que se refiere el artículo 1º de la ley, pero que necesiten reducir o redistribuir la jornada ordinaria de trabajo de sus trabajadores para poder mantener su continuidad operacional o para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores. Esta hipótesis, contemplada en la letra d) del artículo 8º, también requiere únicamente que el empleador, junto con el o los trabajadores, al momento de celebrar el pacto, realicen una declaración jurada simple ante la Dirección del Trabajo, en la que den cuenta de la efectividad de los hechos o circunstancias antes descritos.

Por otro lado, señala el artículo 8º en su letra a) que procederá el pago del seguro de desempleo en el caso de los empleadores contribuyentes de IVA que, a contar de octubre de 2019, hayan experimentado una disminución del promedio de sus ventas declaradas al Servicio de Impuestos Internos (SII) en un período cualquiera de 3 meses consecutivos, que exceda de un 20% calculado respecto del promedio de sus ventas declaradas en el mismo período de 3 meses del ejercicio anterior. Esta información, si bien parece perfectamente susceptible de ser falseada, requiere la comisión de falsedades documentales para lograrlo. Adicionalmente, la ley señala que el empleador

⁴⁴ ETCHEBERRY, ob. cit., p. 395.

que se encuentra en esta situación deberá otorgar una autorización para que el SII remita por medios electrónicos, a la Dirección del Trabajo, la confirmación de que efectivamente se encuentra en dicha situación. Esto podría implicar que el SII advierta la falsedad o bien que el sujeto activo deba engañar también al SII.

Respecto de las circunstancias de encontrarse en un procedimiento concursal de reorganización o de asesoría económica de insolvencia contempladas en las letras b) y c) del mismo artículo 8º, la simulación parece aún más compleja pues la Dirección del Trabajo requerirá a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento que remita la nómina de las personas naturales y jurídicas que se encuentran en dicha circunstancia.

e) Mismo fraude ¿por omisión?

Por último, cabe preguntarse si será posible cometer este fraude mediante engaño por omisión. Este es un tema debatido en materia de fraudes, aunque la mayoría de la doctrina en Chile no ve obstáculo en admitir un engaño por omisión, siempre que en el caso concreto exista un deber de información para el omitente. En este sentido, podría ocurrir que el empleador oculte antecedentes que, de ser conocidos por la AFC o la Dirección del Trabajo en su caso, habrían hecho improcedente el acceso a las prestaciones o beneficios. Sin embargo, más que engaño por omisión, lo correcto será sostener que dichas declaraciones incompletas constituyen una especie de engaño (activo) concluyente, pues se trata de aseveraciones que versan sobre un tema determinado y cuyos vacíos permiten extraer conclusiones erróneas sobre el mismo tema⁴⁵.

En conclusión, esta figura pretende evitar el abuso mediante fraude de la excepcionalidad del retiro de fondos del seguro de desempleo tanto por parte de trabajadores como de empleadores, y mantener el adecuado funcionamiento del sistema de seguridad social.

Podría pensarse que tipos penales como el fraude de subvenciones o la estafa bastaban para poder solucionar hipótesis como las descritas, sin embargo, como ya se explicó, al tratarse de fondos de propiedad del trabajador no es posible aplicar ninguna de esas dos figuras. Respecto del delito de fraude de subvenciones, no procede pues es un delito que solo puede recaer sobre bienes de propiedad estatal⁴⁶. Por otro lado, respecto del delito de estafa, si bien se dan

⁴⁵ HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 165-166.

⁴⁶ MAYER, ob. cit., p. 302.

varios de los elementos del tipo como son el engaño, el error y la disposición patrimonial, el perjuicio no se producirá, toda vez que, como ya se expuso, al pertenecer los fondos al trabajador y ser este mismo quien los recibe, mal podría entenderse perjudicado (no obstante la merma que experimentará su fondo de desempleo para el futuro).

En definitiva, este fraude especial viene a regular una situación que de otro modo podría haber quedado impune o quizás haber sido sancionada, en ciertos casos, a través de los tipos de falsificación de instrumento público o privado o uso malicioso de instrumento público falsificado, pero sin capturar todo el desvalor del hecho, pues únicamente se estaría sancionando el medio para la comisión del fraude.

2. La constricción para concurrir al lugar de trabajo ¿delito contra la salud? El artículo 318 ter

Con fecha 20 de junio de 2020, tras una tramitación de aproximadamente tres meses que coincide con los noventa días en los que el COVID-19 penetró y se extendió por todo el país, comenzaron a regir las modificaciones al Código Penal y a la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, impulsadas por la Ley N° 21.240. Esta, además de modificar algunos aspectos del artículo 318 que, a pesar de su interés, no son materia de este artículo, incorporó los delitos tipificados bajo los artículos 318 bis y 318 ter. En esta oportunidad interesa el artículo 318 ter, que trata del tipo penal posible de realizar por empleadores y que además implica responsabilidad penal de la persona jurídica en época de pandemia.

La Ley N° 21.240 inicia su tramitación con dos Mensajes; el primero dio origen al Boletín N° 13.304-11, cuya idea matriz era “modificar el Código Penal con el objeto de sancionar el incumplimiento de un aislamiento u otra medida extraordinaria dispuesto por la autoridad sanitaria con ocasión de epidemia o pandemia, agravando tal sanción para el caso que de dicha conducta se haya seguido enfermedad grave o la muerte de una persona”⁴⁷. Esta solo traía aparejada una modificación al artículo 318 agregando dos incisos, el primero especificando que la mera infracción de aislamientos y medidas sanitarias adoptadas por la autoridad eran constitutivas del tipo penal, y el inciso segundo agravando las

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 21.240*, última consulta 16 de julio de 2020, disponible en https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7758/HL_D_7758_0948d1af451123cf22b5db08a7adc19d.pdf.

penas si a consecuencia de la infracción se provocaba la muerte o enfermedad grave a alguna persona.

El segundo dio origen al Boletín N° 13.389-07, el que manifestaba como objetivo “eliminar la alternatividad de la pena, de manera que siempre sea aplicable la pena privativa de libertad y la multa de manera conjunta, dado el desvalor de la conducta. Es decir, que quienes incumplan las disposiciones de la autoridad y expongan a la población en situaciones de catástrofe, pandemia o contagio, sean sancionadas con presidio menor en su grado mínimo y multa de veinticinco a cincuenta unidades tributarias mensuales. De esta manera, se elimina la alternatividad, y se aumenta el monto de la multa, que en su forma actual difiere sustantivamente de aquellas contempladas en el Código Sanitario para casos que no ameritan el reproche penal”.

Como se ve, ambos buscaban endurecer las penas del artículo 318, establecer situaciones agravantes vinculadas a las aglomeraciones e introducir una hipótesis de resultado agravada, constituida por enfermedad grave o muerte de alguna persona a consecuencia de la infracción.

El ejecutivo, por su parte, siguiendo la misma línea ya señalada, presentó una indicación sustitutiva con dos objetivos precisos: agravar igualmente las penas del artículo 318 y promover que los servicios a beneficio de la comunidad fueran la única alternativa de pena sustitutiva para los condenados por este delito, e incluir este mismo tipo de servicios a las posibles condiciones en una eventual suspensión condicional del procedimiento.

Hasta ese momento de la tramitación no había ninguna propuesta en torno a lo que conocemos como artículo 318 ter. Esta respuesta endurecedora de penas o creadora de nuevos tipos penales se ha transformado en usual por parte del legislador chileno, sobre todo en momentos complejos para el país, como lo fue el impulso tipificador en el estallido social y actualmente el observado mientras avanzaba la pandemia del COVID-19. Las discusiones estaban centradas en la persecución de las personas que infringen las cuarentenas, más que en los motivos por los que algunas personas incumplen las medidas sanitarias, situación que en parte se consideró al tipificar el delito contemplado en el artículo 318 ter, como se verá a continuación.

Durante la tramitación de la ley se incorporó la propuesta del Senado, la que comenzó con la moción que dio lugar al Boletín N° 13.363-07, cuyos autores fueron los senadores Ossandón, Allamand, De Urresti, Harboe y Pérez, en la que proponían incorporar un nuevo inciso segundo al artículo 318, con la siguiente redacción:

El empleador que obligue o reciba a trabajar a una persona que se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad pú-

blica será sancionado con una multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales por cada trabajador y además el representante legal será sancionado con la pena de presidio menor⁴⁸.

Aquí comienza la historia del tipo penal que interesa en este apartado, y junto con él se vuelca el interés del legislador en alguna de las posibles causas por las que las personas incumplen las medidas sanitarias, alejándose un poco de la sola infracción individual cuyas motivaciones a la fecha habían sido preteridas por el legislador penal, esto es: la necesidad de salir a trabajar.

Constituye un esfuerzo apreciable del legislador haber dado un paso en mirar más allá de la mera desobediencia de los ciudadanos, y promover la tipificación de una conducta que apunte a sancionar a quienes tienen autoridad para exigir u ordenar a un trabajador la salida de su domicilio, con el objeto de concurrir al lugar de trabajo. Esta conducta, de quien tiene la autoridad para ordenarlo, constituirá a la vez responsabilidad para la persona jurídica que se beneficia con ella y que no cumple con los deberes de prevención, debido a que se amplió el abanico de delitos de responsabilidad de las personas jurídicas, modificando con esta ley la Ley N° 20.393.

Considerando que el vínculo laboral es estructuralmente desigual, como ya se ha señalado en este trabajo, estamos ante una situación en que se establece una sanción penal a quien tiene autoridad para instruir u obligar la salida del trabajador desde su domicilio, acción que contiene implícita la posibilidad de represalias en la relación laboral, las que podrían ser la motivación del trabajador a salir de su casa, infringiendo las medidas sanitarias dictadas por la autoridad en tiempos de pandemia.

Los senadores, autores del proyecto, declaran como objetivos del mismo, por una parte, agravar la pena del delito descrito en el artículo 318, eliminando la alternatividad de la privación de libertad y la multa, y, “adicionalmente, se agregan dos nuevos incisos al artículo 318 mencionado, con el fin de sancionar al empleador que obligue o reciba a trabajar a una persona que se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad pública y a las empresas que funcionen en un territorio declarado en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad pública o

⁴⁸ En esta primera redacción de lo que terminó siendo el artículo 318 ter era más clara la posible puesta en peligro de la salud individual del trabajador o de otras personas (pública), ya que exigía que el trabajador fuera a trabajar, es decir, saliera de su domicilio y se trasladara al lugar de trabajo.

durante toque de queda sin la debida autorización”⁴⁹. El segundo de los dos nuevos incisos propuestos no prosperó.

Relacionado con la materia que se trata en este artículo, el mismo proyecto proponía un inciso tercero en el que se establecía una sanción penal a las empresas, ampliando el abanico de los delitos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en este sentido:

Las empresas que funcionen en un territorio declarado en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad pública o durante toque de queda sin la debida autorización, serán sancionadas con multas de cien a mil unidades tributarias mensuales y con las penas establecidas en el Título II de la Ley N° 20.393 que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos que Indica.

Finalmente, solo la propuesta de inciso segundo terminó siendo el antecedente directo del artículo 318 ter, sin que se haya establecido ninguna figura penal similar a lo propuesto como inciso tercero por los senadores. Así, su redacción final (actual) es la siguiente:

El que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y una multa de diez a doscientas unidades tributarias mensuales por cada trabajador al que se le hubiere ordenado concurrir.

a) Objeto de protección de la norma penal

Por tratarse de una norma penal nueva, introducida al Código Penal, se hará primero alusión al objeto de protección de esta, para después conocer sus elementos. Según el lugar que ocupa en el Código Penal y lo declarado en la Historia de la Ley, se trataría de un delito en contra de la salud pública⁵⁰. En este trabajo, en cambio, se postula que, según la descripción típica, es un delito contra un bien jurídico individual, específicamente un tipo especial de

⁴⁹ SENADO, Moción del Boletín N° 13-363-07, última visita 17 de julio de 2020, disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>.

⁵⁰ En el Código Penal comentado, Fernando Londoño refiere al bien jurídico “salud pública” como: “la salud individual de un número indeterminadamente grande de personas”. LONDOÑO, Fernando, “Art. 318 ter”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor, *Código Penal comentado*. Santiago de Chile: Thomson y Reuters (2019) p. 519.

coerción, por lo que el objeto de protección de la norma penal es la libertad personal⁵¹.

En la actual discusión nacional acerca de la racional aplicación del tipo descrito en el artículo 318 (tanto el antiguo como el 318 bis), Londoño⁵² plantea que el bien jurídico es el bien colectivo salud pública, en tanto Mañalich⁵³ sostiene que se trata del bien jurídico individual salud; el primero sostiene que se trata de un delito de peligro concreto, el segundo que es de peligro abstracto.

Ninguna de estas tesis respecto del artículo 318, aplicables también al 318 bis, son a su vez aplicables al 318 ter. Esto, porque el tipo penal en comento se perfecciona con la sola orden del sujeto activo de que el trabajador concurra al lugar de trabajo y no con la efectiva concurrencia que, en términos de Londoño, solo sería punible por poner en peligro la salud pública si el trabajador está contagiado; en términos de Mañalich lo sería si la orden de autoridad trae implícita la prohibición de una acción que ponga en peligro la salud individual, lo que en este caso podría suceder con la medida de aislamiento sanitario individual, pero no con la cuarentena territorial⁵⁴.

En la discusión acerca de este artículo, en el Senado se manifestó que la sanción recae sobre quien: “obligue a trabajar presencialmente al trabajador, aunque éste finalmente no concurra efectivamente. Es decir, la conducta se

⁵¹ El objeto de este trabajo dista mucho de hacer justas referencias a las posturas de la doctrina chilena frente al bien jurídico protegido en los delitos de amenazas condicionales y simples. Para el punto que se trata, es relevante señalar que se sigue la tesis de Bascuñán en cuanto a que las amenazas condicionales serían delitos de coerción, en los que se afecta la libertad personal del sujeto pasivo. En el caso en particular, la orden de violar las medidas de la autoridad sanitaria, en el entendido de que estas están hasta ese momento siendo cumplidas por el trabajador, quien se expone a alguna sanción de tipo laboral al no cumplir dicha orden, afecta su capacidad de autodeterminación, es decir su libertad. Si se siguiera la tesis de Guzmán y de Matus y Ramírez, se debiera sostener que lo protegido es la seguridad individual del trabajador. La discusión se encuentra desarrollada en profundidad por Maldonado, quien también concluye que las amenazas condicionales serían delitos de coerción. Ver MALDONADO, Francisco, “Acerca de una propuesta de delitos contra la libertad y seguridad individual (2018). Amenazas y coacciones en el Derecho penal chileno”, en *Política criminal*, 13(25), pp. 1-41. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100001>, p. 20.

⁵² LONDOÑO, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva Ley N° 21.240): más micro que macro... (*)” En *Criminal Justice*, disponible en línea en www.criminaljustice.network.eu, p. 21. También en COUSO y HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 519.

⁵³ MAÑALICH, Juan Pablo, Exposición “COVID-19 y su impacto en el derecho penal”, Seminario Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile, 8 de julio 2020.

⁵⁴ Acerca de la calidad de las amenazas como delitos de expresión ver GUZMÁN, José Luis, *El delito de amenazas*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur (1999), pp. 228 y 229.

verifica cuando se presiona al trabajador para que asista a su lugar de trabajo, aun poniendo en riesgo su salud”⁵⁵. Y según esta afirmación quedó redactado el tipo penal.

Como se ha señalado, este tipo penal, al perfeccionarse con la sola orden al trabajador, sin necesidad de que se produzca la salida a consecuencia de dicha orden, difícilmente podría configurar una hipótesis de peligro concreto ni tampoco abstracto para la salud, ya sea esta entendida como bien jurídico colectivo (pública) o individual. La sola orden no produce efectos en ninguna otra persona más que en el trabajador compelido.

Londoño señala al respecto:

Nótese sin embargo que aquí se sanciona una inducción cortada o proposición, pues ya la mera orden satisface el tipo, sin necesidad de que el trabajador llegue a violar el aislamiento y por tanto a cometer la más grave conducta del art. 318 bis⁵⁶. En este mismo sentido, no parece consecuente que, si se el tipo penal solo exige la orden, veamos en él un auténtico delito contra la salud pública ni individual, de alguien que no sea el propio trabajador.

Distinto es si el trabajador obedece la orden estando bajo medida de aislamiento o cuarentena, caso en el que habría que plantearse la participación como autor inductor del sujeto que emitió la instrucción, en un eventual delito tipificado en el artículo 318 (cuyo objeto de protección sí es la salud, ya sea pública o individual). Esta calificación como autor inductor es relevante si el trabajador comete un ilícito penal, a efectos de subsumir la conducta de quien dio la orden al artículo 15 N° 2, en cambio, si el trabajador comete una infracción administrativa, bajo un concepto amplio de autor podrían ser sancionados ambos como quienes incumplieron la orden administrativa⁵⁷.

Así las cosas, según se desprende del tenor literal del tipo penal descrito en el artículo 318 ter, el objeto de la norma penal recae en la protección de un bien jurídico personalísimo del trabajador que, en el entendido de estar frente a un tipo de coerción, se trataría de la libertad personal, en cuanto se sanciona

⁵⁵ SENADO, Informe de la Comisión de Constitución del Senado, Historia de la Ley N° 21.240, página 14, última visita 19 de julio, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7758/HLD_7758_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf.

⁵⁶ LONDOÑO, ob. cit., p. 9.

⁵⁷ Acerca del concepto amplio de autor en las infracciones administrativas, ver COUSO, Jaime, “Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 1 2018, pp. 437-496, p. 472. Última visita 17 de julio de 2020, disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n1/0718-0012-iusetp-24-01-00437.pdf>.

a quien da la orden (que tiene implícita la ejecución de algún mal para el trabajador) de salir del domicilio hacia el lugar de trabajo, en circunstancias de estar cumpliendo las medidas sanitarias impuestas por la autoridad (cuarentena territorial o aislamiento sanitario).

b) Conducta típica y circunstancias

El tipo penal en análisis describe una conducta que consiste en que un sujeto activo calificado (quien tiene autoridad sobre otro por vínculo laboral) le ordena a un trabajador (quien ejerce actividad laboral bajo ese vínculo) concurrir al lugar de trabajo (distinto de su domicilio), en circunstancias que el trabajador está cumpliendo cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio.

Esta situación es absolutamente normal en una relación laboral, incluso es parte del cumplimiento del contrato de trabajo por parte del trabajador; asistir a su lugar de trabajo. De no asistir injustificadamente hay consecuencias negativas para el trabajador, legítimas, amparadas en el contrato de trabajo y en la legislación laboral vigente.

Lo distinto en este caso es que esa orden de asistir se realiza sobre un trabajador que está obligado por la autoridad sanitaria a no salir de su domicilio, y cuando la orden se imparte se encuentra cumpliendo con dicho mandato. La orden de quien tiene la autoridad tiene aparejada, igual que en una situación “normal”, la posibilidad de que, en caso de incumplirse, se le irroge un mal en el ámbito laboral a dicho trabajador, pero este mal en este caso es ilegítimo⁵⁸.

La cuarentena territorial, como se señaló al comienzo, consiste en la medida sanitaria de carácter general que prohíbe que las personas domiciliadas dentro de un espacio territorial delimitado, específicamente comunas, salgan de sus domicilios. El aislamiento sanitario por su parte es una medida de carácter general, pero aplicable a casos particulares en que las personas están contagiadas, recién llegadas desde el extranjero, han tenido contacto estrecho con una persona contagiada, o estén a la espera de un examen de COVID-19⁵⁹.

⁵⁸ Aquí podría surgir la interrogante de si realmente se puede proteger la libertad personal de quien está bajo una medida sanitaria que limita su libertad ambulatoria, pues bien, el trabajador podría infringir las medidas sanitarias por su propia voluntad, o cumplirlas, en este caso tiene una orden de quien puede provocarle un mal exigiendo que la vulnere (contraria a su voluntad de cumplirla).

⁵⁹ Se exceptúa del 318 ter, la restricción nocturna de aislamiento social, por expresa descripción del tipo.

Entonces, para que se configure el tipo penal, primero se debe considerar si el o los trabajadores a los que se les ordenó concurrir al lugar de trabajo estaban bajo las medidas sanitarias de cuarentena o de aislamiento sanitario. De estarlo, existiendo la conducta por parte del sujeto activo que se verá, podríamos estar frente al ilícito del 318 ter.

c) El trabajador ¿es sujeto pasivo calificado u objeto sobre el que recae la conducta?

El trabajador a quien se le da la orden de salir, según la propuesta que aquí se presenta, es un sujeto pasivo calificado de la conducta. Si se comparte que el tipo descrito en el 318 ter tiene como objeto de protección penal un bien jurídico individual, cuyo titular es el trabajador compelido a incumplir las normas sanitarias, el trabajador es un sujeto pasivo calificado y víctima de este nuevo delito.

Si se afirma que se trata de un delito contra la salud, el trabajador sería el objeto sobre el que recae la acción del sujeto activo, pero no sería “víctima” del delito, a menos que se trate de proteger su propia salud, hipótesis en la que sí debe considerarse sujeto pasivo calificado y víctima.

Bajo la tesis de que el 318 ter busca la protección de la salud pública o de la salud individual de otros, este traería aparejados problemas similares a los que hasta ahora se han relevado en la aplicación del 318 y 318 bis⁶⁰. En primer lugar, cabría preguntarse si se protegería la salud pública o individual y, de definirse por la segunda opción, si se trata de la salud individual del trabajador, o de cualquier otra persona.

Si se trata de proteger la salud individual del trabajador, al momento de la emisión de la orden este debería encontrarse sano. Si se trata de la salud individual de cualquier otra persona o de la salud pública, surge una segunda interrogante cual es si el trabajador debe estar contagiado o por lo menos bajo sospecha de contagio para que se cumpla el tipo penal.

Londoño, consecuente con su interpretación extrínseca, es decir, que el peligro para la salud (pública) no se encuentra dentro de la directriz administrativa infringida, sino fuera de ella (en la posibilidad de contagio) señala al respecto: “[i]nteresa por tanto exclusivamente la orden de los trabajadores contagiados,

⁶⁰ Se mencionan sucintamente los problemas que han sido discutidos al respecto, menos el posible problema de constitucionalidad de los artículos 318 y 318 bis por ser leyes penales en blanco, debido a que el 318 ter, a diferencia de los artículos mencionados, señala específicamente qué medidas sanitarias son las que debe estar cumpliendo el trabajador para que sea aplicable la hipótesis.

preliminarmente. El caso de los sospechosos es más discutible y merece una reflexión separada que adelanto en lo grueso: si a posteriori se descarta el contagio, malamente podrá afirmarse la consumación del tipo”⁶¹.

Para Winter no sería necesaria la condición de contagio del trabajador, ya que entiende la cuarentena territorial decretada por comunas de manera general como suficiente para la consumación de este, esto según el tenor del tipo penal en comentario⁶².

Según la interpretación que ha hecho Mañalich a efectos de una aplicación racional de los delitos contra la salud, en época de pandemia se pone en peligro la salud individual con conductas tipificadas en el artículo 318 si, y solo si, las directivas de la autoridad son de índole tal que quien las contraviene pone en peligro la salud. A diferencia de Londoño, presenta una tesis de interpretación intrínseca, en la que el peligro para la salud se analiza dentro de las directivas de la autoridad⁶³.

Según lo planteado, si tratáramos al 318 ter como un delito contra la salud, habría que distinguir si la medida de cuarentena en sí misma es de índole tal que su infracción ponga en peligro la salud individual. Misma pregunta para el aislamiento sanitario obligatorio. Al respecto, parece más racional contestar que sí al segundo caso que al primero, pero incluso así se podría replicar que, más allá de que el trabajador sea quien ponga en riesgo a los demás al salir, estando en aislamiento obligatorio, podría ser la salud del trabajador la que se pone en peligro al salir estando bajo cuarentena. Y en esa hipótesis nuevamente parece más sensata la protección de un bien jurídico individual del que goza el trabajador, en este caso su propia salud, que la pretensión de protección de la salud pública.

d) Sujeto activo calificado

Despejado lo anterior, como se señaló, el tipo penal se satisface con la orden de quien tenga autoridad sobre quien se traslade al lugar de trabajo, lugar que, se especifica, debe ser distinto del lugar de su domicilio. Este sujeto activo calificado puede ser el empleador directamente o alguien que lo representa frente al trabajador, independiente de la estructura orgánica de la empresa;

⁶¹ LONDOÑO, ob. cit., p. 8.

⁶² WINTER, Jaime, Exposición en programa “definición de penales, nuevos delitos en el marco del COVID-19” de *Estado Diario*, 16 de julio de 2020, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Wi7bHiPgv8>.

⁶³ MAÑALICH, ob. cit., p. 20.

visto desde la óptica del trabajador, el sujeto activo representa esta “autoridad para disponer de su trabajo” exigida por el tipo penal.

El sujeto activo debe conocer que ejerce dicha autoridad y que el trabajador está cumpliendo la medida de cuarentena o aislamiento sanitario, y aun así disponer su traslado. El dolo exigido al sujeto activo es de conocer y querer que el trabajador dé cumplimiento a la condición (incumplir la cuarentena o aislamiento sanitario trasladándose al lugar de trabajo), por su parte para configurar la amenaza condicional que acá se propone, se debe analizar la seriedad y verosimilitud (del mal “consecuencia laboral ilegítima”) desde la perspectiva del trabajador para quien ese riesgo es real y afecta su capacidad de decisión. Se trataría de una amenaza condicional de un mal que no constituye delito, especialmente tipificada.

De cumplirse la orden por el trabajador, el sujeto activo del 318 ter podría convertirse a su vez en autor inductor del 318 o 318 bis, siendo bastante cuestionable la imputación dolosa de la conducta al trabajador, quien habría actuado bajo una amenaza condicional⁶⁴.

*e) Responsabilidad penal
de las personas jurídicas*

Con la introducción del artículo 318 ter al Código Penal también se modificó la Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cuanto incluyó dentro de este régimen al 318 ter.

Para que una persona jurídica pueda ser responsable penalmente del delito en comento, primero debe configurarse el tipo según lo señalado, y este debe cometerse en beneficio de la persona jurídica, lo que probablemente suceda, dado que la orden de concurrir al lugar donde se desarrolla la actividad de esa persona jurídica difícilmente podría atribuirse a un beneficio para el trabajador, o incluso para quien la emite, en los casos en que la orden la emita un empleado más de la empresa.

Como en todos los delitos de este régimen, debe comprobarse que el delito se cometió sin que existan los deberes de prevención de este, lo que normal-

⁶⁴ De existir una situación como esta, dependiendo de la interpretación que se haga del 318, 318 bis y 318 ter, en cuanto a la protección de bienes jurídicos colectivos o individuales, las soluciones concursales serán diversas. Si se sigue lo propuesto, el 318 ter protegería un bien jurídico individual del trabajador distinto del objeto de protección de las normas de los artículos 318 y 318 bis, tanto si se sigue la tesis de que se protege el bien jurídico colectivo salud pública o el bien jurídico individual salud de cualquier persona que no sea el trabajador. En este caso, la solución será a través del concurso real y la acumulación de las penas.

mente las empresas superan mediante la creación de manuales de prevención y el nombramiento de un encargado del tema.

Produciéndose entonces la orden, siendo en beneficio de la persona jurídica e incumpliendo los deberes de prevención, podría exigirse la responsabilidad penal de la persona jurídica en este ilícito penal.

f) Penas

Lo llamativo de las penas contempladas en el artículo 318 ter, y por eso se hace una mención especial a ellas, es que las posibles penas privativas de libertad de presidio menor en sus grados mínimo a medio serían aplicables a la persona natural que da la orden, y las multas que van desde diez a doscientas unidades tributarias mensuales serían aplicables a las personas jurídicas, en cuyo régimen de responsabilidad penal, por razones lógicas, no caben las penas corporales, pero esta última se calculará *por cada trabajador* al que se le hubiere ordenado concurrir.

Es decir que, en los casos en que se ordene a una cantidad de cien trabajadores a concurrir, la persona jurídica podría llegar a responder penalmente con el pago de una multa desde cincuenta millones de pesos, en su rango mínimo, hasta mil millones, en el rango máximo.

IV. CONCLUSIONES

Los problemas de índole jurídico penal a los que se debe hacer frente en esta época de pandemia no distan de los problemas tradicionales. Volvemos, como se vio, a las falsedades, simulaciones, engaños y coerciones. Estas situaciones “nuevas” podrían tratarse con soluciones “antiguas” vistas en la primera parte, y como un delito de coerción según lo visto en la última parte.

El afán legislativo penal en orden a otorgar “soluciones” a los problemas mediante la creación de nuevos tipos penales y agravación de los antiguos, se ha visto que, de solución, tiene bastante poco. Como se señaló, la creación del tipo penal del artículo 14 de la Ley N° 21.217 tiene como causa la necesidad de hacer uso del dinero del seguro de desempleo, y como contrapartida “necesaria” la amenaza penal para evitar el mal uso de este.

En el caso del artículo 318 ter, se rescata el esfuerzo de ver más allá de las conductas infraccionales de los sujetos, poniendo el énfasis en la presión por salir a trabajar en un momento en el que no está garantizada la subsistencia de los ciudadanos. Eso, dentro de todo, se aplaude.

Como conclusiones, se propone que las tradicionales falsedades realizadas por los empleadores al solicitar permisos con antecedentes falsos son subsumibles bajo el tipo penal de perjurio, en tanto se aportan antecedentes falsos al momento de obtener el permiso. Por su parte, cuando se adultera un permiso válido, se subsumen bajo la figura de falsificación de instrumento público.

En los casos en que exista uso de un documento así obtenido, podría configurarse el delito de uso de instrumento público falso. Esta imputación del uso por parte del trabajador debiera analizarse bajo la óptica de la relación laboral, desigual por estructura, existiendo la posibilidad de exculpación.

Respecto del delito de fraude al seguro de desempleo, como ya se dijo, regula una situación que de otro modo podría haber quedado impune o haber sido solucionada mediante la aplicación de tipos penales a modo de “parche” que no abarcan todo desvalor de la conducta, pero ¿es correcto realmente hablar de fraude?

Es sabido que en materia de fraudes el objetivo perseguido por el autor es apropiarse de bienes ajenos por medios “inmateriales” y, como ya se ha señalado, en este caso se trata de dinero que pertenece al trabajador y que, mediante su obtención, abre la posibilidad a este último para que lo utilice. La diferencia fundamental entre este fraude especial y la estafa (y otros fraudes del Código Penal) es que en este caso particular no se requiere perjuicio, no obstante, se dan los elementos de engaño y disposición patrimonial, en realidad no hay un “perjudicado”, razón por la cual se ha propuesto que el objeto de protección de la norma es el sistema de seguridad social.

Finalmente, resulta relevante que se haya contemplado al empleador como posible sujeto activo del delito, incluso mediante la utilización del modelo de atribución de responsabilidad penal de la Ley N° 20.393 para sancionar al empleador persona jurídica.

Se propone que la figura contemplada en el artículo 318 ter es un delito contra bienes jurídicos personalísimos del trabajador, un tipo de coerción, alejado del ámbito de los delitos contra la salud de los artículos 318 y 318 bis, por lo que se perfecciona con la sola orden efectuada por el sujeto activo calificado en contra del sujeto pasivo calificado, el trabajador. Al no ser un delito en contra de la salud pública, no implica la definición previa de los problemas asociados a los 318 y 318 bis, ya señalados.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil, Partes Preliminar y General*. Santiago: Editorial Jurídica (1998).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.074 [en línea] Fecha de consulta 6 de julio de 2020 <https://www.bcn.cl/historia->

delaley/fileadmin/file_ley/5562/HLD_5562_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

- _____, Historia de la Ley N° 21.240, última consulta 16 de julio de 2020, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7758/HLD_7758_0948d1af451123cf22b5db08a7adc19d.pdf.
- BUSTOS, Miguel, “El fraude contra la seguridad social en el código penal: Discusión sobre los intereses tutelados”, en *Revista UNIR Penal Económico* (online), 2017, disponible en: <https://www.unir.net/wp-content/uploads/2017/11/Fraude-Seguridad-Social.pdf>.
- COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor, *Código Penal comentado*. Santiago: Thomson Reuters (2019).
- CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, tomo II, décima edición. Santiago: Editorial UC (2011).
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo III, tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999).
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica (2014).
- GOBIERNO DE CHILE, *Instructivo para permisos de desplazamiento*. Actualizado al 9 de julio de 2020 [en línea] https://cdn.digital.gob.cl/public_files/Campa%C3%B1as/Corona-Virus/documentos/Instructivo_Cuarentena_09072020.pdf Fecha de consulta 14 de julio de 2020.
- GUZMÁN, José Luis, *El delito de amenazas*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur (1999).
- HERNÁNDEZ, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AA.VV. *Problemas Actuales del Derecho Penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco (2003).
- LONDOÑO, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva Ley N° 21.240): más micro que macro... (*)”, en *Criminal Justice*, disponible en línea en www.criminaljustice.network.eu.
- MALDONADO, Francisco, “Acerca de una propuesta de delitos contra la libertad y seguridad individual (2018). Amenazas y coacciones en el Derecho penal chileno”, en *Política criminal*, 13(25), 1-41. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100001>.
- MAÑALICH, Juan Pablo, Exposición “COVID 19 y su impacto en el derecho penal”, Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile, 8 de julio 2020.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, tomo II. Santiago: Thomson Reuters (2015).

MAYER, Laura, “Obtención fraudulenta de prestaciones estatales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online], N° 32, 2009 pp. 283-325. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100008#50.

_____, Ponencia en Seminario Internacional: Derecho Penal y COVID-19: Una visión hispanoamericana. Fecha 15 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KAJxJxdBdGI>.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, segunda edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 431.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [en línea] <https://dle.rae.es/perjurar?m=form> Primera acepción. Fecha de consulta 5 de julio de 2020.

RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*. Segunda edición. Santiago: Editorial Jurídica (2015).

SENADO, Informe de la Comisión de Constitución del Senado, Historia de la Ley N° 21.240, última visita 19 de julio, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_ley/7758/HLD_7758_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf.

_____, Moción del Boletín N° 13-363-07, última visita 17 de julio de 2020, disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>.

VARGAS, Tatiana, *Manual de Derecho Penal Práctico*. Santiago: Legal Publishing (2010).

WINTER, Jaime, exposición en programa “definición de penales, nuevos delitos en el marco del COVID-19” de Estado Diario, 16 de julio de 2020, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Wi7bHiPgv8>.

Textos legales

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1.702-08, de fecha 3 de junio de 2020.

Ministerio de Defensa Nacional. *Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile* [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30329>. Fecha de consulta 16 de julio de 2020.

Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. *Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma* [en línea] <https://>

www.leychile.cl/Consulta/listaresultadosimple?cadena=19799. Fecha de consulta 16 de julio de 2020.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Subsecretaría del Interior. *Decreto N° 104, declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile* [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143580&idParte=0>. Fecha de consulta 5 de julio de 2020.

_____, *Decreto N° 269, prorroga declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por el lapso que indica* [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146700#:~:text=el%20Presidente%20de%20la%20Rep%C3%ABblica,un%20t%C3%A9rmino%20de%2090%20d%C3%ADas>. Fecha de consulta 5 de julio de 2020.