

PRESENTACIÓN DE *LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA
DURANTE LA PANDEMIA. TEORÍA Y PRAXIS*

LONDOÑO M., FERNANDO; MALDONADO F., FRANCISCO Y
MAÑALICH R., JUAN PABLO
THOMSON REUTERS, SANTIAGO DE CHILE, 2021, XII, 320 PP.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
Universidad de Valparaíso

El libro que reseñamos es producto del trabajo mancomunado de los autores. Destacamos la característica conjunta de la labor, porque lo que anticipa el prólogo y reafirma el epílogo corresponde a la realidad.

Los autores habían alumbrado separadamente estudios y dictámenes sobre el tema antes y durante las condiciones de emergencia sanitaria que azota a la humanidad desde comienzos de 2020. Para esta ocasión coordinaron admirablemente sus esfuerzos de modo de darles salida editorial en la forma de una monografía “polifónica” (pág. XI) o, si se prefiere, una investigación colectiva de ambición sistemática.

El carácter monográfico se advierte a poco de avanzar en sus páginas. No es un libro que se pueda leer por partes, según el gusto o las necesidades del lector, sino que hay que estudiarlo sucesivamente, de principio a fin, acaso con la única excepción del capítulo V, que es una aplicación jurisprudencial de las reflexiones contenidas en el capítulo I. A su vez, el sistema trasparece en que lo medular de las conclusiones parciales de cada capítulo, así como el conjunto de su armadura, responde a una misma idea o principio unificador.

El subtítulo *Teoría y praxis* resume fielmente la metodología del libro. Los autores despliegan la dogmática de algunos delitos contra la salud pública a menudo en contrapunto con la jurisprudencia judicial, otras veces como antesala de la crítica de las decisiones de control constitucional. Ahora, el designio de contribuir a la reducción de la brecha que separa la teoría de la práctica del Derecho penal (pág. XII), hiato que no es insalvable en la jurisprudencia de los llamados tribunales “inferiores” de justicia, que en materia penal son los de garantía y juicio oral, tiene que lidiar, empero, con dos factores adversos. Por un lado, el conocimiento imperfecto o fragmentario de la dogmática penal contemporánea en el foro; por otro, que este es un libro denso y extenso, por lo cual el abogado penalista hallará en él la respuesta a sus dudas sobre el tema, pero no merced a una simple ojeada o una selección arbitraria de las páginas. Tendrá que leerlas y meditarlas todas, como antes se señaló.

Los ejes temáticos quedan adecuadamente anunciados en el título, a saber, la salud pública como objeto de protección jurídica; el carácter de la ofensa de los delitos descritos en los artículos 318, 318 bis y 318 ter del Código penal, y, atendida la dependencia del principio de ofensividad respecto del principio de legalidad, el sempiterno problema de las leyes penales en blanco.

Comencemos por lo último. Las genuinas leyes penales en blanco son un paradigma de la parte del programa político criminal de la ideología del Iluminismo que quedó inconclusa en la reforma penal del siglo XVIII y la codificación decimonona. Desde entonces cargamos este pesado fósil del Derecho punitivo anterior a la Revolución francesa. Las leyes penales en blanco –digámoslo sin rodeos ni contemplaciones– son una irrisión del principio de legalidad, caricatura que engullimos de mala gana los juristas.

El libro no pretende tragarse el indigesto bocado. Francisco Maldonado, cuyo criterio sobre el particular suscriben sus compañeros de empresa, examina esta ralea de leyes por todos sus costados. A lo largo del capítulo I, el lector hallará un panorama completo de la doctrina y jurisprudencia sobre estas “supervivencias penales”, y el modo y manera en que se manifiestan en el artículo 318 del Código, donde no se describe acto delictuoso alguno, sino el resultado riesgoso de acciones u omisiones que yacen en la cabeza del titular de potestades reglamentarias. Interesante amén de valiente es la refutación del manido argumento de que las leyes penales en blanco serían aceptables si describen al menos la conducta prohibida o el “núcleo esencial de la prohibición”. Maldonado explica que, aun en tal caso, la ley resigna su poder normativo, delegándolo en autoridades desprovistas de competencia penal, a lo que añade que “la idea del núcleo esencial [...] se vincula más bien a un estándar de suficiencia relativo al grado de precisión exigido y no al carácter total o parcial de los elementos que se propongan para ello en la ley” (pág. 20). Y, en verdad, ningún elemento típico puede ser creado o colmado por el poder ejecutivo. Todos ellos conforman el tipo de lo injusto, desde la actividad del sujeto agente, pasando por el objeto material y las modalidades de ejecución, hasta el resultado y el sujeto pasivo. El recuerdo del sistema nominalista sobre drogas o estupefacientes, y los abusos cometidos a su amparo en Chile, con autoridades sanitarias o de policía interior que deciden qué es droga prohibida y cuáles son duras o blandas, debiera servirnos de suficiente lección. No solo eso. Maldonado rebate la especiosa defensa según la cual la potestad penal integradora del gobierno sería indispensable para salvaguardar la economía del Código Penal, que de otra forma adquiriría proporciones gigantescas, y porque hay materias complejas o urgentes que demandan la intervención presta de los gabinetes ministeriales, cuyas reacciones son más rápidas que las del Parlamento. Sin embargo, el redactor de este capítulo demuestra con ejemplos concretos que el legislador es

perfectamente capaz de responder con prontitud a una situación apremiante, como hizo con la reforma de estos delitos en 2020. Digamos por nuestra cuenta que la prontitud no es sinónimo de un buen resultado –y en el Derecho penal las leyes aprobadas a las prisas nunca son buenas ni convenientes– y, en otro sentido, la plétora de modificaciones introducidas al Código en los últimos años en materia de femicidio, tortura, tráfico de personas, negociaciones incompatibles, cohecho, etc., con sus párrafos interminables, aparte de vejatorios del idioma castellano, van convirtiendo al venerable texto de 1874 en una fastidiosa ordenanza o antipático reglamento.

El problema del bien jurídico en estas infracciones ministra uno de los dos elementos centrales del capítulo a cargo de Juan Pablo Mañalich, siquiera esté presente, en versiones análogas a la del profesor de la Universidad de Chile, en los capítulos preparados por sus compañeros.

Siendo innegable que la salud pública es la disciplina que estudia las condiciones que conservan y promueven la salud de la población en general, no lo es menos que el Derecho asume este término no como actividad cognoscente, sino como objeto jurídico. Esto plantea el desafío de diferenciarla de la salud individual. La salud pública yace en un concepto, en definitiva, una abstracción; la salud individual pertenece a sujetos concretos. A lo sumo, cabe afirmar que la salud pública es un bien jurídico teleológica y jerárquicamente subordinado a la salud individual, parecer que defendió Juan Bustos Ramírez en su libro sobre drogas y Derecho penal. Como sea, es sumamente difícil, por no decir imposible, diferenciar la primera de la segunda, lo que explica que algunos penalistas concluyeran en el pasado que los delitos contra la salud pública son pluriofensivos y que otros del presente se resistan a considerarla en el papel de un verdadero bien jurídico colectivo. De su lado, Mañalich efectúa una lograda síntesis y un fino análisis del concepto de bien jurídico, que rota alrededor de una definición precisa de la esquivada noción: los bienes jurídicos son propiedades valoradas positivamente por el Derecho, por tanto, cualidades o aptitudes que el propio Derecho predica impersonalmente de sus titulares. La salud pública –prosigue– no se identifica con un bien “natural”, porque lo saludable es propio de los organismos biológicos vivos. “De ahí que, como propone Fernando Londoño, por ‘salud pública’ deba entenderse nada más que ‘la *salud individual* de un número indeterminadamente grande de personas” (p. 148). En otras palabras, si existe alguna diferencia entre ambas, ella estriba no en que la salud pública sea un bien colectivo, sino en la específica técnica de tipificación requerida por su tutela penal. Esta técnica, a juicio de Mañalich, es la protección general frente a un peligro abstracto (p. 150).

El segundo ingrediente de este capítulo III halla eco en los escritos por Londoño, o sea, el carácter de la ofensa en los delitos que interesan a la salud

pública. La pareja de autores coincide en la especie del peligro abstracto, solo que en Mañalich va asociada al pensamiento —que se remonta a Karl Binding— con arreglo al cual el peligro es en sí mismo un resultado, totalmente independiente del concepto de lesión. Por eso, para él los delitos de peligro, concreto o abstracto, pueden ser también delitos de resultado (p. 157), distinguiéndose entre sí solo en que ante el peligro concreto el paciente deja de tener la posibilidad de disponer autónomamente de su bien, posibilidad que subsiste, pero azarosa o insegura, en los de peligro abstracto. Por cierto, Mañalich propone su personal interpretación de los artículos 318 y 318 bis del Código, como una subcategoría de los delitos de peligro abstracto, los llamados delitos *de aptitud* (pp. 179 y ss.).

En los capítulos II y IV, Londoño aborda el tipo de lo injusto del delito del artículo 318, antes y después de su reforma por la Ley N° 21.240.

Ante todo, examina críticamente la interpretación del Ministerio Público durante 2020, para el cual el mero hecho de quebrantar el toque de queda, milagroso “efecto Cenicienta” en la metáfora del autor, constituía aquel delito, si bien, a diferencia de la fábula, el embrujo local mantuvo encerrados en sus casas a millones de personas, determinó la detención de decenas de miles y produjo la apertura de otros tantos procesos penales contra los sujetos rebeldes al encantamiento. A juicio de Londoño, esta lamentable consecuencia no es de achacar al carácter abstracto de la ofensa tipificada en la disposición, sino a la confusión de las potestades punitiva y gubernamental del Estado, que degeneró en la administrativización de la persecución penal, convertida en paladín de la lucha contra una enfermedad contagiosa, y al desconocimiento de la categoría de los delitos de peligro abstracto-concreto o de aptitud, tema que el autor trata en el capítulo II. Para este, el delito del artículo 318 describe una clase de aquellos, “lo que significa que no es ni un delito formal, ni uno que requiera la acreditación de un peligro efectivo para alguien o algo determinado” (p. 112), y del que la nueva hipótesis del artículo 318 bis se distinguiría únicamente porque el último presupone el quebrantamiento de una orden particular de la autoridad, no una norma general, como el artículo 318. En páginas 120-122 se enuncian los casos típicos de cada figura legal, también los no criminalizados en ellas, especialmente el del sujeto inmune que viola una medida general de restricción de la libertad ambulatoria. En su lugar, el capítulo IV confronta la jurisprudencia de la Corte Suprema inaugurada el 25 de marzo de 2021 con la tesis del desaparecido profesor de Valladolid, Ángel Torío López, acerca de los delitos de peligro hipotético, que son delitos de riesgo en que la acción u omisión tiene que ser idónea para generar un peligro típico, aunque no sea indispensable que el efecto riesgoso esté probado en el proceso. De lo que se sigue que la imposibilidad de la producción del peligro, debida a la ineptitud

de la acción, torna atípica la manifestación de voluntad del sedicente hechor (p. 253). En el fondo, la ineptitud de la acción es reveladora de una tentativa inidónea, y todo buen penalista sabe que la tentativa inidónea es siempre impune, porque así lo demanda el principio de legalidad.

La aparición de este libro es de celebrar. Se trata de una creación oportuna que encara integral y sistemáticamente un problema penal de actualidad social y gran resonancia judicial. Al tempestivo ingreso editorial se alía el hecho de que sus capítulos no son escritos de ocasión, porque atacan con rigor, profundidad y latitud su objeto. Además, dialoga con la jurisprudencia reciente, la doctrina nacional y el aparato teórico extranjero más representativo de los conceptos que entretienen la hechura temática: la potestad sancionadora del Estado, el principio de ofensividad, los bienes jurídicos colectivos, las modalidades de peligro, abstracto y concreto, individual y común. Por último, certifica el nivel recobrado por la dogmática penal chilena en su generación madura, entendiendo por tal la integrada por penalistas de 35 a 50 años de edad. Pensamos que los jóvenes tienen que aprender de ellos. Sus mayores, entre los que se incluye quien firma estas líneas, con mayor razón.