

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

Tania Gajardo Orellana<sup>1</sup>  
Consuelo Salinas Sánchez<sup>2</sup>  
Angélica Torres Figueroa<sup>3</sup>

RESUMEN: Este artículo tiene tres objetivos: el primero es dedicar un espacio para analizar la aplicación de los antiguos perjurio y falsificación de instrumento público, en situaciones “nuevas”, en el contexto de las relaciones laborales en pandemia. El segundo es realizar una revisión dogmática los dos nuevos tipos penales creados por el legislador chileno para enfrentar situaciones que, de ocurrir, se ha estimado tienen la gravedad suficiente como para ser sancionadas con una pena penal, estos son los artículos 14 de la Ley de “protección del empleo” y el 318 ter, de reciente introducción al Código Penal. El último de los objetivos es ser un testimonio de cómo el legislador chileno, vía derecho penal, intenta administrar los riesgos que considera relevantes en las relaciones laborales en esta época en que nos tocó vivir la pandemia Covid-19. Será el lector quien juzgue si nuestras pretensiones fueron o no logradas.

---

<sup>1</sup> Abogada. Magíster en Derecho Penal Universidad de Navarra, España. Estudiante de doctorado en Derecho, Universidad de los Andes. Profesora Academia Judicial.

<sup>2</sup> Abogada. Magíster en Derecho Penal Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra.

<sup>3</sup> Abogada. Magíster en Derecho Penal Universidad de Sevilla y Universidad de Chile. Profesora Universidad Diego Portales.

## Introducción

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, y ponerlo en algunas de las causas por las 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 por 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, también de las falsificaciones de instrumentos y perjurio cometidos por empleadores para que los trabajadores (de actividades no esenciales) sigan igualmente trabajando, de los fraudes al seguro de desempleo, que permiten 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.

### **Contexto relevante aplicable a las tres 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 días.<sup>4</sup> Posteriormente, mediante Decreto Supremo

---

<sup>4</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Subsecretaría

N° 269 de fecha 12 de junio de 2020, dicho estado de excepción se prorrogó por 90 días más.<sup>5</sup> En razón de 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 última versión la vigente al 9 de julio de 2020—, que establece 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”.<sup>6</sup> El documento contiene una serie de definiciones, entre ellas 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

---

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.

<sup>5</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Subsecretaría del Interior. 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%ABlica,un%20t%C3%A9rmino%20de%2090%20d%C3%ADas>>. Fecha de consulta 5 de julio de 2020.

<sup>6</sup> 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](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.

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 prensa.<sup>7</sup> 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 permiso único colectivo y la cédula nacional de identidad y presentarlos siempre ante la autoridad fiscalizadora al momento del control”.<sup>8</sup>

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, esto 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.

---

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

<sup>8</sup> 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](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.

Esta situación restrictiva del desplazamiento de los ciudadanos, en razón 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 de los que responden penalmente las personas jurídicas, como es el caso de los artículos 14 de la Ley de Protección al Empleo y el artículo 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 ya sea un trabajador o 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.

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

## Primera parte: Soluciones antiguas para problemas nuevos. El perjurio y la falsificación de documento público cometidas por un particular

92

El análisis del artículo 210 en el contexto de este trabajo, solo aborda su aplicación referida a las relaciones laborales al interior de una empresa, y no de 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 sometidos, 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. En razón del 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.

### 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° 20.047 existía un 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 especial.<sup>9</sup>

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 ley.<sup>10</sup>

Añaden los mismos autores que el artículo 210 ha de entenderse tácitamente derogado, por estar comprendido en el artículo 212.

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 primera.<sup>11</sup> En el caso concreto,

---

<sup>9</sup> MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M.C. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, tomo II, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, p. 347.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M.; VODANOVIC, A. *Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 192.

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 en un caso concreto, entonces, un concurso aparente de leyes penales que debe resolverse en base a alguno de los criterios establecidos por la doctrina para ello.<sup>12</sup>

Si se opta por el principio de especialidad, en los casos 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

---

<sup>12</sup> 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/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5562/HLD\\_5562\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5562/HLD_5562_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)>.



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 al día de hoy subsisten ambos artículos en el Código Penal.

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](http://www.comisariavirtual.cl) serán sancionados de acuerdo al Código Penal”.<sup>13</sup>

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

---

<sup>13</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. nota 6, p. 3.

que ello no constituya el delito de falso testimonio,<sup>14</sup> 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 Pública.<sup>15</sup>

## CONDUCTA TÍPICA Y CIRCUNSTANCIAS

La conducta sancionada consiste en “perjurar” o “dar falso testimonio”. De acuerdo con la RAE, perjurar significa jurar en falso<sup>16</sup> o faltar a la fe ofrecida en el juramento.<sup>17</sup> 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 administrativa, 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 jurisdiccional.<sup>18</sup> En la jurisprudencia, la discusión central gira en torno a dilucidar si el juramento 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

---

<sup>14</sup> GARRIDO, M. *Derecho Penal Parte Especial*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 121.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ, L.; OSSANDÓN, M.M. *Delitos contra la función pública*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, p. 453.

<sup>16</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea] <<https://dle.rae.es/perjurar?m=form>> Primera acepción. Fecha de consulta, 5 de julio de 2020.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, tercera acepción.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ L. y OSSANDÓN M., *ob. cit.*, p. 457.

a la posibilidad de perjurar por omisión, señalan Matus y Ramírez que la estructura típica no lo permite, al igual como ocurre en las falsedades vertidas en el proceso, pues se requiere faltar a la verdad en la declaración.<sup>19</sup>

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 trámite.<sup>20</sup>

#### 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.

#### ASPECTOS SUBJETIVOS

Como ocurre en el caso de todas las falsedades, este delito requiere la concurrencia de dolo directo, siendo impune la conducta culposa.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> MATUS J. y RAMÍREZ M., *Lecciones de Derecho Penal*, ob., cit., p. 349; pp. 341 y 342.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 456. Los autores hacen referencia al concepto de “declaraciones juradas simples”, entendiéndolo que son aquellas respecto de las cuales el juramento ante alguna autoridad no es solemnidad exigida por la ley.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 350.

## 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.*

Las falsedades a las que hace referencia el tipo son las descritas en el artículo 193,<sup>22</sup> 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, y respecto de ese documento se comete alguna de las falsedades previamente enumeradas.<sup>23</sup>

Ahora bien, para dar aplicación a este tipo penal, debe poder argumentarse que el permiso único colectivo es un documento público.

---

<sup>22</sup> Hipótesis de falsedad del artículo 193 del CP:

- 1.º Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.
- 2.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.
- 3.º Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
- 4.º Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.
- 5.º Alterando las fechas verdaderas.
- 6.º Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.
- 7.º 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.º Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.

<sup>23</sup> 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.

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 queda”.<sup>24</sup>

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

Respecto al emisor del documento, la institución emisora es Carabineros de Chile por mandato del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de acuerdo a lo establecido en Instructivo vigente al 09 de julio de 2020, dictado de conformidad a Oficio Ordinario N° 8.935 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. De acuerdo con la Ley Orgánica N° 18.961 Orgánica Constitucional de dicha institución, “Carabineros de Chile es una 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 público y la seguridad pública 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 éste a través de la Subsecretaría del Interior”.<sup>25</sup> 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.

<sup>24</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. nota 6, p. 3.

<sup>25</sup> 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.

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”.<sup>26</sup> 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”.<sup>27</sup> 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”.

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 in-

---

<sup>26</sup> MATUS J.P. y RAMÍREZ M.C., *Lecciones de Derecho Penal*, ob., cit., p. 401.

<sup>27</sup> 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.

dicada (firma electrónica avanzada)”.<sup>28</sup> 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 Presidencia.<sup>29</sup> Dicha división 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”.<sup>30</sup> Por lo tanto, la digitalización efectuada ha sido en cumplimiento de un mandato de autoridad, al alero 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 avanzada.<sup>31</sup>

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 circular en horario de aislamiento nocturno en residencia habitual, conocido mediáticamente como toque de queda.

---

<sup>28</sup> MATUS J.P. y RAMÍREZ M.C., *Lecciones de Derecho Penal*, ob., cit., p. 402.

<sup>29</sup> CARABINEROS DE CHILE. Comisaría Virtual [en línea] <<https://comisaria-virtual.cl/>> Fecha de consulta, 16 de julio de 2020.

<sup>30</sup> GOBIERNO DIGITAL. *Gobierno Digital de Chile* [en línea] <<https://digital.gob.cl/nosotros>> Fecha de consulta, 16 de julio de 2020.

<sup>31</sup> En efecto, al menos hasta el 16 de julio de 2020, la firma electrónica avanzada es la del Comisario, Teniente Coronel Juan Velásquez Villarroel.

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 al artículo 194 del Código Penal.

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 exculpatorias.<sup>32</sup>

## Segunda parte: soluciones ¿nuevas? para problemas ¿nuevos? El fraude al seguro de desempleo y la coacción del 318 ter

### FRAUDE AL SEGURO DE DESEMPLEO

Con fecha 06 de abril de 2020 entró en vigencia la Ley N° 21.227 que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales.

---

<sup>32</sup> Las órdenes de salir del domicilio del trabajador al lugar de trabajo, estando en cuarentena o aislamiento sanitario, posteriores al 20/06/2020 podrían 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 es que 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 posteriores 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.



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, por el tiempo que señala la ley, de pagar total o parcialmente las remuneraciones de aquellos de sus trabajadores que accedan a dicho seguro.

La ley señala 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. 1º,<sup>33</sup> 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. 5º de la ley.<sup>34</sup>

c) Existencia de un pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo suscrito entre empleador y trabajador, de acuerdo a los requisitos del art. 8º de la ley.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> 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 al seguro de cesantía; v) No haber suscrito pacto de continuidad de prestación de servicios; vi) No estar recibiendo subsidio de incapacidad laboral.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 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, o 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 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.

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.

---

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.

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, quedarán disponibles para el trabajador con las restricciones mencionadas.

Finalmente, resulta interesante hacer mención al Dictamen N° 1762-08 de la Dirección del Trabajo de fecha 03 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 sólo 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”*.<sup>36</sup>

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*

<sup>36</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen 1702-08, de fecha 3 de junio de 2020, p. 2.

*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 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.*

## 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 en el fraude de subvenciones (art. 470 N° 8),<sup>37</sup> sin embargo, como ya se

<sup>37</sup> En este sentido: MAYER, L., “Obtención fraudulenta de prestaciones estatales”,

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.

Resulta interesante y atingente 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”.<sup>38</sup>

Se propone que el objeto de la norma, en este caso, sería el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social, en el mismo sentido que Mayer,<sup>39</sup> quien sostiene que se trata de un delito cuyo bien

---

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](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100008#50)>.

<sup>38</sup> BUSTOS, M. “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>>.

<sup>39</sup> 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>>.

jurídico protegido es de carácter colectivo, aludiendo derechamente al sistema de seguridad social.

## CONDUCTA TÍPICA Y CIRCUNSTANCIAS

108

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”,<sup>40</sup> 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. Lo anterior no impide poder castigar la conducta en un estado imperfecto de ejecución.

## POSIBLES SUJETOS ACTIVOS

Puede cometer las conductas allí descritas cualquier persona, siempre que tenga la calidad de trabajador o empleador. Además, aplicando la pena de autor a conductas 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.

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).<sup>41</sup> Por

---

<sup>40</sup> MAYER, L., “Obtención fraudulenta de prestaciones estatales”, ob. cit.

<sup>41</sup> 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.

su parte, como en estricto sentido la empresa no recibe ningún pago (las prestaciones o complementos los 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 alguna 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.

Respecto de los empleadores, ya se dijo que estos podrán ser personas naturales o jurídicas. 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, siendo la sanción una multa a beneficio fiscal correspondiente al doble del monto del beneficio indebidamente recibido.

A primera vista, parece ser que empleador y trabajador deben actuar de acuerdo 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 encontraremos un acuerdo libre y espontáneo, ya que la relación laboral es por definición desigual. Entonces, en caso 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 exculpación.<sup>42</sup>

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 a la comprensión por la fuerza de las circunstancias. No era libre para decidir, a pesar de su comprensión”.<sup>43</sup> 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”.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Podría configurarse la causal del artículo 10 número 9 del Código Penal, actuar bajo el miedo insuperable de perder su fuente laboral.

<sup>43</sup> VARGAS, T. *Manual de Derecho Penal Práctico*, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 181.

<sup>44</sup> CURY, E., *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Editorial UC, décima edición, Santiago, 2011, p. 79.



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

### 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”.<sup>45</sup> 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)”.<sup>46</sup> Menos exigencias plantean autores como Politoff y Hernández, quienes entienden que una simple mentira o afirmación

---

<sup>45</sup> ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo III, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 394.

<sup>46</sup> GARRIDO, M., *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo IV, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 332.

mendaz puede constituir engaño típico, sin que sea necesaria una puesta en escena.<sup>47</sup>

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 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”.<sup>48</sup>

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 a lo dispuesto en el artículo 5°, 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

---

<sup>47</sup> POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMÍREZ, M., *“Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial”*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 431; HERNÁNDEZ, H., “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AA.VV. *Problemas Actuales del Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 161 y ss.

<sup>48</sup> ETCHEBERRY, A., ob. cit. nota 45, p. 395.

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 1° 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 8°, también requiere únicamente que el empleador, conjuntamente 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 8° 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 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 8°, 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.

### 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.<sup>49</sup> 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 tema.<sup>50</sup>

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 previamente, 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 es-

---

<sup>49</sup> HERNÁNDEZ, H. ob. cit. nota 47, pp. 165-166.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

tatal.<sup>51</sup> Por otro lado, respecto del delito de estafa, si bien se dan 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.

#### LA CONSTRUCCIÓN A 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 el tipo penal posible de realizar por empleadores, y que, además, implica responsabilidad penal de la persona jurídica en esta 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 incumpli-

<sup>51</sup> MAYER, L., “Obtención fraudulenta de prestaciones estatales”, ob. cit.

miento 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”.<sup>52</sup> Esta solo traía aparejada una modificación al artículo 318, agregando dos incisos, el primero especificaba que la mera infracción de aislamientos y medidas sanitarias adoptadas por la autoridad eran constitutivas del tipo penal, y el inciso segundo agravaba las 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, también agravar las penas del artículo 318, y promover que los servicios

---

<sup>52</sup> BCN, Historia de la Ley 21.240, última consulta 16 de julio de 2020, disponible en <[https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file\\_ley/7758/HLD\\_7758\\_0948d1af451123cf22b5db08a7adc19d.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/7758/HLD_7758_0948d1af451123cf22b5db08a7adc19d.pdf)>.

a beneficio de la comunidad fueran la única alternativa de pena sustitutiva para los condenados por este delito, como 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 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 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 pública 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 menor”.*<sup>53</sup>

Aquí comienza la historia del tipo penal que interesa en este apartado, y junto con él se vuelca el interés del legislador en alguna

---

<sup>53</sup> 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.

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 durante toque de queda sin la debida autorización”.<sup>54</sup> El segundo de los dos nuevos incisos propuestos no fructificó.

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 del inciso segundo terminó siendo el antecedente directo del 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:

Artículo 318 ter: *“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”*.

## 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 la misma,

<sup>54</sup> 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?#>>.

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 pública. Se postula que según la descripción típica es un delito contra un bien jurídico individual, específicamente un tipo especial de coerción, por lo que el objeto de protección de la norma penal es la libertad personal.<sup>55</sup>

En la actual discusión nacional acerca de la racional aplicación del tipo descrito en el artículo 318 (tanto el antiguo como el 318 bis) Londoño<sup>56</sup> plantea que el bien jurídico es el bien colectivo salud pública, en tanto Mañalich<sup>57</sup> sostiene que se trata del bien jurídico individual salud, el primero sostiene que se trata de un delito de peligro concreto, y el segundo, que es de peligro abstracto.

Ninguna de estas tesis respecto del 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

---

<sup>55</sup> 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 Bascañán 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 Dálbora 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 además también concluye que las amenazas condicionales serían delitos de coerción. Ver MALDONADO F., “Acerca de una propuesta de delitos contra la libertad y seguridad individual (2018). Amenazas y coacciones en el derecho penal chileno”. *Política criminal* 13(25), 1-41. <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100001>>, p. 20.

<sup>56</sup> LONDOÑO F., ¿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... disponible en <[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)>, p.21.

<sup>57</sup> MAÑALICH, J.P. exposición “Covid-19 y su impacto en el derecho penal”, Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile, 8 de julio 2020.

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 y, 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 territorial.<sup>58</sup>

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 verifica cuando se presiona al trabajador para que asista a su lugar de trabajo, aun poniendo en riesgo su salud”.<sup>59</sup> 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 bis”.<sup>60</sup> En este mismo sentido, no parece consecuente que si el tipo

---

<sup>58</sup> Acerca de la calidad de las amenazas como delitos de expresión, ver GUZMÁN, J.L., *El delito de amenazas*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1999, pp. 228 y 229.

<sup>59</sup> SENADO, Informe de la Comisión de Constitución, Historia de la Ley 21.240, página 14, última visita 19 de julio, disponible en <[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7758/HLD\\_7758\\_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7758/HLD_7758_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf)>.

<sup>60</sup> LONDOÑO Fernando, ¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuaren-

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.

Otra cosa 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 administrativa.<sup>61</sup>

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 –en el entendido de estar frente a un tipo de coerción–, se trataría de la libertad personal, en cuanto se sanciona 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).

---

tena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva Ley n° 21.240): más micro que macro... disponible en <[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)>, p. 9.

<sup>61</sup> Acerca del concepto amplio de autor en las infracciones administrativas, ver COUSO, J., “Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema”. *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>>.

## 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) a concurrir al lugar de trabajo (distinto de su domicilio) en circunstancias de 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 produce se encuentra cumpliendo con dicho mandato. La orden de quien tiene la autoridad, trae aparejada, igual que en una situación “normal”, la posibilidad de que, en caso de incumplirse, se le irroque un mal en el ámbito laboral a dicho trabajador, pero este mal, en este caso, es ilegítimo.<sup>62</sup>

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

---

<sup>62</sup> 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).

desde el extranjero, han tenido contacto estrecho con una persona contagiada, o están a la espera de un examen de Covid-19.<sup>63</sup>

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.

#### 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. 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, éste traería aparejados problemas similares a los que hasta ahora se han relevado en la aplicación de los artículos 318 y 318 bis.<sup>64</sup> En primer lugar, cabría preguntarse si se

---

<sup>63</sup> Se exceptúa del 318 ter la restricción nocturna de aislamiento social (físico), por expresa descripción del tipo.

<sup>64</sup> Se mencionan sucintamente los problemas que han sido discutidos al respecto, menos el posible problema de constitucionalidad del artículo 318 y 318 bis, por ser leyes penales en blanco, debido a que el 318 ter, a diferencia de los artículos mencionados, señala

protegería la salud pública o individual, y de optarse 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 éste 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: “Interesa por tanto exclusivamente la orden de los trabajadores contagiados, 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”.<sup>65</sup>

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 del mismo, esto según el tenor del tipo penal en comento.<sup>66</sup>

Según la interpretación que ha hecho Mañalich, a efectos de una aplicación racional de los delitos contra la salud, en época de pandemia,

---

específicamente qué medidas sanitarias son las que debe estar cumpliendo el trabajador, para que sea aplicable la hipótesis.

<sup>65</sup> 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..., disponible en <[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)>, p. 8.

<sup>66</sup> 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=Wi7bHiPgvc8>>.

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 autoridad.<sup>67</sup>

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. La 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.

#### SUJETO ACTIVO CALIFICADO

Despejado lo anterior, como se señaló, el tipo penal se satisface con la orden de quien tenga autoridad sobre él de que se traslade al lugar de trabajo, el que se especifica que debe ser distinto del lugar de su domicilio. Este sujeto activo calificado puede ser el empleador directamente o alguien que lo represente frente al trabajador, independiente de la estructura orgánica de la empresa, visto desde la óptica del trabajador, el sujeto activo representa esta “autoridad para disponer de su trabajo” exigida por el tipo penal.

---

<sup>67</sup> MAÑALICH, exposición “Covid-19 y su impacto en el derecho penal”, Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile, 8 de julio de 2020.



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 de la condición (incumplir la cuarentena o aislamiento sanitario trasladándose al lugar de trabajo); por otra 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 condicional.<sup>68</sup>

#### RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Con la introducción del 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

---

<sup>68</sup> De existir una situación como esta, dependiendo de la interpretación que se haga del 318 y 318 bis y del 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.

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 del mismo, lo que normalmente 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.

## PENAS

Lo llamativo de las penas del 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, 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.

## 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 del mismo.

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 conclusión 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, se da 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.

Se propone que el 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 artículos 318 y 318 bis, ya señalados.

## Bibliografía

- ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M.; VODANOVIC, A. *Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- BUSTOS, M. “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>>.

- CURY, E. *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Editorial UC, décima edición, Santiago, 2011.
- ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- GARRIDO, M. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- GARRIDO, M. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2014.
- HERNÁNDEZ, H., “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AA.VV. *Problemas Actuales del Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco, 2003.
- LONDOÑO F., ¿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... disponible en <www.criminaljusticenetwork.eu>, p.21.
- MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M.C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, tomo II, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.
- MAYER, L., “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](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100008#50)>.
- POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMIREZ, M. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M. *Delitos contra la función pública*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.
- VARGAS, T. *Manual de Derecho Penal Práctico*, LegalPublishing, Santiago, 2010.
- VODANOVIC, A. *Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

