

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil veintidós.

Vistos:

El Tribunal de Garantía de Arica, en causa Rit 3843-2020, Ruc N° 2010026310-7, por sentencia de veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno, condenó a **Enrique Humberto Cortes Rojas**, en calidad de autor del delito de poner en peligro la salud pública al infringir las reglas higiénicas o de salubridad, prescrito y sancionado en el artículo 318 del Código Penal, en grado consumado, cometido el veinticuatro de mayo del año dos mil veinte en la comuna de Arica, a la pena de multa de una unidad tributaria mensual.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el día siete de septiembre pasado.

Y considerando:

1º) Que el recurso se funda, de manera principal, en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 318 del Código Penal y el principio de legalidad penal, en sus vertientes de reserva legal y tipicidad, contenidos en el artículo 19 N°3, incisos 8° y 9°, respectivamente, de la Constitución Política de la República y en los artículos 1 y 2 del Código Penal.

Señala que para que el artículo 318 pueda ser aplicado cumpliendo con el principio de legalidad, se requiere que las reglas higiénicas o de salubridad infringidas sean establecidas en otra norma de rango legal y no en un reglamento o decreto, menos en la Resolución Exenta N° 202, del Ministerio de Salud.

2º) Que, en subsidio de la anterior, interpone la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 318 del Código



Penal y el “Principio de antijuridicidad material” contenido en los artículos 19 N° 3 inciso 8° y 9° de la Constitución Política de la República y en los artículos 1 y 2 del Código Penal.

Explica que si interpretamos el citado artículo 318 como un delito de peligro concreto, se requiere un estado más próximo de lesión del bien jurídico, que no se presenta en la especie. Agrega que, quienes entienden la salud pública como un bien jurídico colectivo o supraindividual, sostienen la figura penal del artículo 318 como un delito de peligro abstracto, pero lo cierto es que en este caso tampoco el tipo penal se satisface con la mera “infracción de las reglas higiénicas o de salubridad”, como una instrucción de aislamiento social nocturno, sino que requiere la creación de un estado de peligro que es un elemento adicional a la conducta desobediente. De esta manera la conducta debe tener, conforme al principio de lesividad y la exigencia del tipo penal, la aptitud suficiente para poner en riesgo el bien jurídico tutelado, que no concurre en el caso sub lite.

3º) Que, como segunda causal subsidiaria, alega la contenida en el **artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal**, en relación con el artículo 318 del Código Penal y el Principio de legalidad penal y la ley más favorable, contenidos en el artículo 19 N°3 incisos 8° y 9° de la Constitución Política de la República, y en los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 18 del Código Penal. Sobre el particular, reitera lo señalado como fundamento de la causal principal.

4º) Que, finalmente, en el recurso la defensa invoca la causal contenida en el **artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal**, por errónea aplicación del artículo 318 del Código Penal y la falta de aplicación del artículo 496 N°1 del



mismo texto legal. Asegura que una mera desobediencia puede ser sancionada administrativamente, pero una puesta en peligro del bien jurídico protegido deberá corresponder a la sede penal. Con ello se cumpliría con la accesoriedad valorativa que tendrían este tipo de conductas.

5º) Que respecto de las causales esgrimidas, la defensa sostiene que se trata de una materia de derecho respecto de la cual existen distintas interpretaciones sostenidas en fallos emanados de tribunales superiores, los que acompaña, y solicita se anule sólo la sentencia, y se dicte una de reemplazo en la cual se absuelva al requerido.

6º) Que la sentencia recurrida tuvo por demostrados los siguientes hechos: *“El día 24 de mayo de 2020, aproximadamente a las 00:05 horas, los requeridos ya individualizados, pusieron en peligro la salud pública, al reunirse en un sitio eriazado ubicado en la intersección de calle Las Cruces con calle Corral, de esta ciudad, con la finalidad de hacer una fogata y lanzar fuegos artificiales para celebrar el aniversario del Club Universidad de Chile, circulando previamente por la vía pública sin contar con salvoconducto otorgado por la autoridad competente para desplazarse en el horario referido, exponiéndose de esta forma a contagiarse y a su vez a contagiar a otros con el virus Sars-Cov-2, infringiendo de esta forma la medida de salubridad consistente en el aislamiento domiciliario nocturno de toda la población del territorio nacional entre las 22:00 horas y las 05:00 horas, medida decretada por el Ministro de Salud mediante Resolución Exenta n° 210, la que se encontraba vigente y debidamente publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de marzo del año en curso, en circunstancias que el Presidente de la República había decretado estado de catástrofe por la pandemia de Sars-Cov-2,*



mediante Decreto n° 104, el que se encontraba vigente y debidamente publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de marzo de 2020, siendo fiscalizados en tales circunstancias por personal del Ejército de Chile, quienes los pusieron a disposición de Carabineros de Chile quienes procedieron a sus detenciones, logrando además determinar que el requerido Manuel Heriberto Contreras Aguilar, había desplegado la misma conducta con fecha 15 de abril de 2020, a las 01:40 horas, en la intersección de Las Cruces con Dichato, de esta ciudad, según consta en el parte policial n° 01937 de la 1ª Comisaría de Arica.”

Estos hechos fueron calificados en la sentencia como delito de poner en peligro la salud pública al infringir las reglas higiénicas o de salubridad, prescrito y sancionado en el artículo 318 del Código Penal.

7º) Que, para abordar el caso es conveniente tener presente que el tipo penal en cuestión describe una conducta punible, comenzando por la exigencia de que el hecho “pusiere en peligro la salud pública”, y ello mediante la infracción de determinados reglamentos. De ello se sigue que la conducta típica no consiste simplemente en infringir tales reglamentos, sino que el análisis debe centrarse en la clase o naturaleza del peligro exigido, y en cómo la conducta del sentenciado generó o no ese peligro específicamente requerido por el tipo, con lo cual entramos al estudio no sólo de la tipicidad, sino, también, en tanto delito de peligro, a la cuestión de la antijuridicidad material de la conducta, y, de esa manera, al de lesividad, propuestos como motivo de nulidad.

8º) Que, respondiendo a la pregunta acerca de la naturaleza del peligro propio de la figura que analizamos, puede entenderse por algunos que se trata de



un delito de peligro concreto y, por otros, de uno de peligro abstracto, e incluso hay quienes divisan una tercera posibilidad, según se verá.

9º) Que, para desentrañar el punto hay que detenerse, como se viene señalando, en el tenor literal de la norma, que al respecto establece: “*El que pusiere en peligro la salud pública* por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...” De ello se obtiene que la ley exige una puesta en peligro de la salud pública, es decir, se castiga una conducta que realmente genere un riesgo para ese bien jurídico, por lo que no sanciona simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería propio de un delito de peligro abstracto. En contra, se podría decir que el artículo 318 bis del Código Penal sí contiene una exigencia de peligro concreto, pues es en él donde el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y por ende a un peligro específico o concreto, pero aunque se siguiera ese razonamiento, ello no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318: “*El que pusiere en peligro la salud pública...*”, de manera que la comparación de los dos tipos penales aludidos, a lo más dejaría al artículo 318 en una categoría intermedia, denominada de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, que no exige que el acto particular que se juzga haya provocado efectivamente un riesgo específico y medible, para el bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios, como sería el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal.



10°) Que, esta categoría intermedia ha sido considerada por algunos autores como una variante de la de peligro abstracto, y puede que así sea, pero lo relevante es delimitar sus alcances y las consecuencias de su aplicación en este caso concreto. De concluir que la figura del artículo 318 es un delito de peligro abstracto-concreto, no se sigue que el delito sólo lo pueda cometer una persona contagiada de Covid-19, sino que el análisis va más allá para determinar si se verifica la pretendida antijuridicidad material y el principio de lesividad.

En efecto, cabe recordar los hechos ya inamoviblemente asentados por el tribunal recurrido para analizar, según su tenor, si ellos en el caso específico permiten cumplir los parámetros que da la norma o, por el contrario, si se trata simplemente de una conducta que formalmente infringe reglamentos sanitarios, y la diferencia está dada por la consideración de si son o no idóneos para generar ese peligro a la salud pública que los hace encuadrar en la descripción típica y, además, antijurídicos.

11°) Que los hechos establecidos ya transcritos *ut supra*, no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético, para la salud pública, como se dirá.

El Ministerio Público se equivoca en su requerimiento al considerar que se comete un delito al infringir las reglas higiénicas o de salubridad, pues como se viene diciendo, debe ponerse en riesgo la salud pública con tal infracción, o sea, debe darse una aproximación a la lesividad contemplada en la norma, alguna exposición siquiera hipotética, y no a una sola constatación formal de haberse infringido una orden administrativa.

12°) Que, si bien puede resultar inapropiado que el acusado junto a otros sujetos estuviera en la vía pública en horas de la noche, dicha acción (en un sitio



eriazos y en un horario donde es esperable que no hubiera más personas, lo que tampoco se ha justificado), tal conducta, por más infractora de normas administrativo-reglamentarias que sean, y aun cuando pueda resultar sancionable a título meramente administrativo, no representa en los hechos ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en estos tiempos de pandemia. De hecho, el toque de queda tiene la finalidad, en lo que a lo estrictamente sanitario se refiere, de evitar ese transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que –ellas sí- son a lo menos hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo. Pero el solo hecho de estar o deambular un número reducido de sujetos en calles despobladas, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo para la salud pública. De hecho esa conducta podría ser más peligrosa en el día (desde el punto de vista sanitario), por la mayor afluencia de peatones, aunque también requeriría de un análisis acotado al mérito del caso. La descrita, entonces, no es por sí sola causante de riesgo de relevancia penal, pues para ello es menester una idoneidad de ese riesgo, como se dijo que ocurriría si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de muchas personas, que no es por lo que se requirió en procedimiento simplificado.

13º) Que, por consiguiente, lleva la razón la defensa en este punto, en cuanto a que falta a la conducta la antijuridicidad material y la verificación de la lesividad a la que alude en sus alegaciones, atendida la precisa exigencia con que comienza la redacción del artículo 318 del Código Penal, que se estima infringido



por el fallo condenatorio al aplicarlo sin consideración a ese tenor, y a la naturaleza jurídica que le corresponde como delito de peligro hipotético, lo que obliga a acoger el recurso por la causal principal esgrimida, siendo innecesario referirse a la subsidiaria.

Y visto, además, lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de **Enrique Humberto Cortés Rojas** contra la sentencia de veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno, dictada por el Tribunal de Garantía de Arica, en causa Rit 3843-2020, Ruc N° 2010026310-7, la que en consecuencia **se invalida** y se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Regístrese y comuníquese.

Rol N° 77.522-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L., y Gonzalo Ruz L. No firma el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Ruz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 27/09/2022 13:02:23

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER
RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 27/09/2022 14:53:06



DIEGO ANTONIO MUNITA LUCO
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 27/09/2022 14:50:32



En Santiago, a veintisiete de septiembre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil veintidós.

Vistos:

De la sentencia anulada se reproducen sus fundamentos 1° y 2°.

Y teniendo además presente:

1°) Que como se dijo en los motivos 7° a 12° de nuestro fallo de nulidad, que se dan aquí por reproducidos, los hechos establecidos respecto de la conducta del encausado no alcanzan a cumplir la exigencia de haber puesto en peligro la salud pública, que la norma del artículo 318 del Código Penal contiene, atendido que se trata de una figura de peligro hipotético, que requiere cuando menos una real idoneidad para generar el riesgo, lo que no se alcanza con el solo transitar en horas de la noche en la vía pública, sin que se agregue que se dirigieran, siquiera, a una reunión con otras personas o que de cualquier modo que no fuera esa sola permanencia en calles desiertas, generaran la hipótesis de un riesgo a la salud pública.

2°) Que, en consecuencia, los hechos han constituido solamente una infracción administrativa, sancionable a ese título, pero no un delito penal, lo cual impone la necesaria absolución del imputado requerido. Por cierto, el que la resolución exenta que estableció el aislamiento domiciliario nocturno dijera que su infracción sería sancionada conforme a las reglas del Código Penal, nada agrega, porque no es la autoridad administrativa, a través de sus resoluciones o reglamentos, quien puede establecer cuándo una conducta resulta sancionable a título penal.

Y visto, además, lo dispuesto por los artículos 318 del Código Penal y artículos 340, 347, 373 letra b), 385, 388 y 389 del Código Procesal Penal, se declara:



Que **se absuelve** a **Enrique Humberto Cortés Rojas**, del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público, como autor del delito de infracción al artículo 318 del Código Penal, por los hechos de 24 de Mayo de 2020, ocurridos en Arica.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Rol N° 77.522-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L., y Gonzalo Ruz L. No firma el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Ruz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 27/09/2022 13:02:24

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER
RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 27/09/2022 14:53:07

DIEGO ANTONIO MUNITA LUCO
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 27/09/2022 14:50:33



En Santiago, a veintisiete de septiembre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

