

Santiago, veintitrés de julio de dos mil veintiuno.

Vistos:

El Juzgado de Letras y Garantía de Paillaco, por sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil veinte, en los antecedentes RUC 2.000.471.842-K, RIT 323-2020, condenó a Luis Gerardo Collihuinca Llafquen, a la sanción de multa de una unidad tributaria mensual por su participación en calidad de autor del delito de poner en peligro la salud pública, por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de epidemia, ilícito previsto y sancionado en el artículo 318 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, cometido en dicha comuna el 10 de mayo de 2020.

La defensa del requerido dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el cual se conoció en la audiencia pública de 5 de julio del presente año, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

Considerando:

Primero: Que, el recurso interpuesto se sustenta, de manera principal, en la causal contemplada en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 318 del Código Penal y el principio de tipicidad o antijuridicidad material contenidos en los artículos 19, N° 3, incisos 8° y 9° de la Constitución Política de la República y, en el artículo 1° del Código Penal, explicando que, si se interpreta la norma establecida en el artículo 318 del Código Penal como un delito de peligro concreto, se requiere un estado más próximo de lesión del bien jurídico.



En el caso en particular, agrega que el delito en comento no consiste en una simple “infracción de las reglas higiénicas o de salubridad”, sino que requiere de un elemento adicional que permita generar el estado de peligro próximo. En concepto de la defensa, aquello se verificaría en el caso que existiese entre los hechos probados la certeza que el acusado estuviese contagiado con el virus SARS-CoV-2, pues de esa forma, él —deambulando por la calle en un horario en el cual hay prohibición de transitar en la vía pública como medida de aislamiento— generaría el riesgo de un posible contagio a las demás personas. Sin embargo, lo anterior no ha ocurrido en la especie y no aparece como acreditado en los hechos de la sentencia que hubiese diagnóstico positivo para dicha patología.

Argumenta que, 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. Para que la conducta a sancionar sea peligrosa —en sentido concreto o abstracto— se requiere una idoneidad o aptitud de lesionar el bien jurídico protegido, o sea, desplegar una conducta que sea capaz de afectar la vida y la salud de un número indeterminado de personas. En el caso en concreto, el tipo penal, además de una desobediencia a “las reglas higiénicas o de salubridad”, requiere la puesta en peligro del bien jurídico protegido y, por lo tanto, la conducta del sujeto activo debe ser idónea para ello, o sea, no se trata de una exigencia única, sino que son elementos copulativos: la desobediencia “las reglas higiénicas o de salubridad”, por una parte; y, la generación de un peligro a la salud pública, por otra. Tal peligro, además, debe ser efectivo y generalizado, a partir de valoraciones provenientes de nuestra



experiencia y afianzadas —en este caso— por el conocimiento científico, ya que la norma se ampara de conceptos científicos para sancionar la conducta.

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 y la sentencia yerra en el sentido de entender que existe identidad entre la simple desobediencia “las reglas higiénicas o de salubridad” y la generación de un peligro a la salud pública, por lo que pide invalidar solo la sentencia y, en su lugar, dictar sentencia de reemplazo en la cual se disponga que se absuelve al requerido adolescente.

En subsidio de la causal anterior, funda su arbitrio en la misma causal, pero en relación con la errónea aplicación del artículo 318 del Código Penal y la errónea inaplicación del artículo 495, N° 1 del mismo texto legal pues, pese a haberse solicitado recalificación expresa por parte de la defensa, el fallo lisa y llanamente no se pronunció respecto a por qué el hecho se corresponde con la falta alegada por la defensa.

En concepto de la defensa, el sentenciador ha aplicado erróneamente el artículo 318 del Código Penal, descartando erróneamente aplicar en su lugar la figura del artículo 495, N° 1 del mismo texto legal, por cuanto, según lo desarrollado, de haber aplicado correctamente el derecho su defendido hubiese sido absuelto del requerimiento interpuesto en su contra por el Ministerio Público. Además, tratándose de una imputación realizada respecto de una conducta desplegada por un adolescente, cobra capital relevancia determinar de forma correcta si la figura corresponde a simple delito o falta.



Expone que, el inciso final, del artículo 1° de la Ley 20.084 entrega un listado *numerus clausus* de faltas por las que los adolescentes —únicamente de 16 o 17 años— pueden ser perseguidos penalmente, entregando la tramitación del asunto a los Juzgados de Familia en aquéllas que no. No encontrándose la falta que sanciona la conducta en los presupuestos de persecución penal, corresponde al Juez de Garantía decretar el sobreseimiento definitivo por la letra c), del artículo 250 del Código Procesal Penal por el reenvío que la propia norma hace a la ley de responsabilidad penal adolescente, y remitir los antecedentes al Juzgado de Familia competente, para su tramitación conforme a la Ley 19.968.

Por lo anterior, solicita acoger la causal de nulidad invocada, invalidando la sentencia y, en su lugar, dictar sentencia de reemplazo que absuelva al requerido adolescente y se remitan los antecedentes al Juzgado de Familia.

Como segundo motivo subsidiario de invalidación, el recurso invoca nuevamente la referida causal, pero en relación a la errónea inaplicación de la suspensión de pena del artículo 41 de la Ley 20.084, pese a darse todos los presupuestos para su aplicación y a la solicitud realizada por la defensa en juicio.

Explica que, la defensa solicitó, de manera subsidiaria a la absolución y recalificación propuesta, la aplicación de la suspensión de la pena —conforme a la norma citada precedentemente— cuestión que no fue aplicada por el Juzgado de Garantía, ni siquiera pronunciándose al respecto en la sentencia. Lo cierto es que concurriendo sus presupuestos ella debe ser aplicada, toda vez que no solo se trata de una norma relevante en términos de desarrollo del adolescente —minimalismo del derecho penal a su respecto, y mínima intervención—; sino que también puede ser considerada una réplica del artículo 398 del Código Procesal



Penal que permite la suspensión de la pena y sus efectos cuando se requiriere solo penal de multa por parte del Ministerio Público.

En concepto de la defensa, el sentenciador aplicó erróneamente la Ley de Responsabilidad Penal adolescente al no dar lugar a la suspensión solicitada por la defensa en la audiencia de juicio oral simplificado, lo que necesariamente acarrea, entre otras cosas, el empobrecimiento de su representado y su familia, ya que es una multa cercana a los \$50.000; y dejar un registro de la sanción en sus antecedentes penales como adolescente, sin que se trate de un delito relevante y sin que la intervención penal en este caso sirva al propósito previsto para los adolescentes, que no es otro que la prevención especial positiva.

Pide invalidar solo la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo, que mantenga la pena impuesta pero que ordene la suspensión de la pena y sus efectos de conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley 20.084.

Segundo: Que, la sentencia impugnada tuvo por acreditado el su motivación décima que, *“el día diez de mayo del año 2020, alrededor de las 00:19 horas aproximadamente, el requerido Luis Gerardo Collihuinca Llafquen transitaba por la calle Francisco Bilbao con Tegalda Moreno, de la comuna de Paillaco, sin contar con permiso que lo habilitara para transitar en horario de aislamiento nocturno, infringiendo lo decretado por el Ministerio de Salud mediante la Resolución Exenta N° 202, de fecha 22 de marzo del año en curso, que dispuso una medida de aislamiento residencial a nivel a nacional, entre las 22:00 horas de cada día y las 05:00 del día siguiente, con la finalidad de controlar el riesgo de contagio y propagación de la enfermedad conocida como Covid-19, medidas que fueron publicadas en el Diario Oficial, y durante el periodo de vigencia del estado*



de excepción constitucional de catástrofe, decretado por el Presidente de la República, con fecha 18 de marzo de 2020.”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito del artículo 318 del Código Penal, que sanciona a *“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”.*

Ahora, en relación a los reproches contenidos en el recurso de marras, la sentencia estableció en el motivo undécimo que, *“el tipo penal del artículo 318 versa sobre la conducta de poner en peligro la salud pública por infringir las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio. En ese contexto, el núcleo esencial del tipo penal es poner en riesgo la salud pública, es decir, ‘Salud colectiva de una sociedad o una comunidad’, pero no de cualquier manera, sino que por la infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad; y no en cualquier tiempo, sino que en uno de catástrofe, epidemia o contagio.*

Así las cosas, para este magistrado el tipo penal del artículo 318 del Código Penal es claro y preciso en orden a asegurar como bien jurídico protegido, la salud pública, siendo este el objetivo del tipo penal, entendiendo éste como bien jurídico colectivo o común y que denota un peligro general dado que afecta a las personas sin considerar un bien jurídico individual en la concreción de la lesión por lo que se estima que corresponde a aquél que en doctrina se ha denominado de peligro abstracto el que requiere que la ejecución del hecho constituya una infracción a las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio y luego, que la



acción que se ejecuta es idónea para hacer peligrar la salud pública, pero ello no requiere necesariamente que la persona padezca de alguna enfermedad o que deba estar contagiado, como lo entiende la defensora, debiendo entenderse que el elemento propagador del virus es el ser humano, y ello hace necesario que la autoridad sanitaria forzosamente haya dictado diversas resoluciones para evitar el contagio. En efecto, no se puede obviar como un antecedente de la causa, elementos facticos que resultan hechos públicos y notorios, relativo a la gravedad de la pandemia por la que atraviesa el mundo entero, señalada por los expertos mundiales como aquella más grave de los últimos cien años, y que han devenido en crisis epidemiológicas de carácter global, que han derrumbado las economías mundiales, afectado a todos los países del orbe y sus sistemas de salud y que han llevado a las autoridades políticas de todo el mundo, a adoptar medidas excepcionalísimas de carácter restrictivas de libertades individuales como son por ejemplo el cierre de fronteras en diversos países, el impedir que personas extranjeras ingresen a diversos países, la restricción del desplazamiento dentro de los estados, restricción de libertad de circulación en horarios específicos o en lugares determinados, entre otras, todo con la finalidad de evitar la propagación del virus COVID-19, obligando a las legislaciones del mundo, a disponer de leyes que apunten a dicha finalidad.

Por su parte, del análisis de la resolución exenta N° 202, de fecha 22 de marzo de 2020, es posible advertir que con el objetivo de controlar la pandemia se dispuso, entre otras medidas ‘que todos los habitantes de la República deberán permanecer, como medida de aislamiento, en sus residencias entre las 22:00 y 05:00 horas’, cuestión que si bien en la actualidad ha ido morigerando en cuanto a



los horarios de inicio y termino de restricción, no es menos cierto que dada la gravedad de la pandemia mundial que nos afecta como especie humana, la autoridad política mantiene dichas medidas restrictivas hasta la actualidad. Desde esa perspectiva, la resolución exenta cumple con los requisitos que se han exigido por la doctrina y la jurisprudencia, en tanto ha emanado de una autoridad técnica, con potestad a lo largo del territorio nacional y fue publicada el día 22 de marzo de 2020 en el Diario Oficial. En los aspectos materiales, funda en detalle la necesidad de adoptar medidas excepcionales para controlar el brote de COVID 19, puntualizando que el llamado ‘toque de queda’, tiene el preciso sentido de constituir una medida de aislamiento, es decir, con el fin de resguardar la salud de la población”.

En cuanto a la peligrosidad contenida en la norma aludida, el considerando duodécimo estableció que, *“en los delitos de peligro abstracto como resulta ser la hipótesis del 318 inciso 1, no se requiere constatar el riesgo de la vulneración del bien jurídico que se encuentra tutelado y la peligrosidad se infiere por la ley no siendo necesario que las personas estén en un peligro inminente ya que la mera exposición por sí sola constituye un peligro, que es el que trata de evitar, cumpliéndose con la conducta típica si se infringen normas sanitarias y generales, por lo demás que son de pleno conocimiento de quien las vulneran, por lo que no es factible incorporar un elemento ajeno al tipo penal, cual es agregar la necesidad de portar el virus o tener posibilidad de contagiar como lo ha sostenido la defensa. En ese contexto es innecesario constatar el estado de salud del requerido, si era portador del virus, que se le hubiera tomado la temperatura o que*



su nombre estuviese en algún registro de enfermos que debería ser cotejado como lo requería la defensa.

La hipótesis de encontrarnos en presencia de un delito de peligro abstracto lesivo o con potencialidad de peligro como lo sostiene la defensa, en una especie de categoría intermedia entre delito de peligro concreto y el abstracto a juicio de este magistrado no se corresponde con los términos en que se describe el 318 del código penal, disposición legal que a juicio de este juez es de peligro abstracto y la peligrosidad del hecho se presume por la ley, siendo sancionable la sola desobediencia formal de aquélla, sin que se exija se acredite otras conductas que no están contempladas en la disposición legal aplicable.

La defensa sostuvo como argumento de su tesis de interpretación del artículo 318, que resultaba contradictorio que una persona por contar con un salvoconducto deje de poner en peligro la salud pública, a diferencia de quien no lo tiene, y si bien dicha argumentación resulta plausible, no se puede olvidar que las medidas adoptadas por las legislación nacional y comparada para enfrentar esta pandemia mundial de limitar la circulación de las personas, obedece a reducir al mínimo la circulación del virus, en tanto el ser humano es el agente trasmisor, en calidad de asintomático inclusive, y la restricción nocturna obedece a impedir reuniones o agrupaciones de personas, que puedan transmitir la enfermedad”.

En relación con la determinación de la sanción a imponer, el fundamento decimocuarto concluyó que, “para determinar la naturaleza de la misma en el artículo 23 N° 5 de la Ley N° 20.084, norma que establece que el Tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación. Que, este Tribunal para



determinar la naturaleza de la sanción a aplicar, estima que la pena de multa requerida por ministerio público se ajusta al marco legal, que es una de las penas que se puede aplicar dentro del grado determinado, es idónea y adecuada en este caso concreto, considerando para determinar dicha pena: a.- La gravedad del ilícito b.- La participación en calidad de autor del imputado y que el grado de ejecución del delito fue consumado. c.- Que le beneficia una atenuante y no le perjudican agravantes. d.- Que el adolescente tenía 17 años a la época en que cometió el ilícito. e.- Que la extensión del mal causado por el delito fue mínimo, y f.- Que se considera idónea la sanción.

Se descarta la solicitud de Amonestación propuesta por la defensa, en tanto no se cumple con la exigencia del artículo 8 inciso segundo de la citada norma que hace exigible para efecto de procedencia de dicha sanción una previa declaración del adolescente asumiendo su responsabilidad en la infracción cometida, lo que en la causa, no se produjo.

Se rebajará la pena al mínimo de 1 unidad tributaria mensual y se parcializara el pago de la misma en 3 parcialidades de 1/3 de unidad tributaria mensual”.

Tercero: Que, respecto al motivo principal de invalidación, en cuanto a la naturaleza del peligro de la figura prevista en el artículo 318 del Código Penal, la norma en su parte pertinente reza: *“El que pusiere en peligro la salud por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...”*. Se advierte que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública y castiga la conducta que genere un riesgo para ese bien jurídico; no sancionando 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 lo propio de un delito de peligro abstracto.

Cuestión distinta es lo que dispone el artículo 318 bis del mismo cuerpo legal, que sí contiene una exigencia de peligro concreto, pues el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y por ende a un peligro específico y, concreto; que no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318, de manera que la comparación de los dos tipos penales, conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al 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 es el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal.

Cuarto: Que, los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo y, la sola acción de deambular en la madrugada, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia por cuanto, el toque de queda tiene como finalidad evitar el 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 e idóneas para generar el riesgo. Pero el estar, o deambular, incluso un sujeto en una calle desierta, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. De hecho, esa conducta sanitariamente hablando es más peligrosa por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. La sola infracción al toque de queda, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora —y sancionable— en sede no penal y, solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, lo que ocurriría, por ejemplo, si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso.

Quinto: Que, por consiguiente, la falta de antijuridicidad material y tipicidad de la misma, atendida la exigencia prevista en el artículo 318 del Código Penal, obliga a acoger el recurso por causal principal, resultando innecesario emitir pronunciamiento respecto de las causales de invalidación propuestas a título subsidiario.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad intentado por la defensa de Luis Gerardo Collihuinca Llafquen y, en consecuencia, **se invalida** la sentencia Juzgado de Letras y Garantía de Paillaco, de fecha veintiocho de noviembre de dos mil veinte, recaída en sus autos de procedimiento simplificado RUC 2.000.471.842-K y RIT 323-2020, la que **se reemplaza** por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Tavolari.

Regístrese.



N° 144.453-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavorari G. No firman los Ministros Sres. Brito y Llanos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y con feriado legal, respectivamente.

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA
REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 23/07/2021 14:04:39

JORGE LUIS ZEPEDA ARANCIBIA
MINISTRO(S)
Fecha: 23/07/2021 10:00:30

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 23/07/2021 14:04:40



En Santiago, a veintitrés de julio de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.



SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veintitrés de julio de dos mil veintiuno.

Vistos:

De la sentencia anulada se invalida del motivo décimo en adelante.

Del fallo de nulidad que antecede, se reproducen sus fundamentos tercero y cuarto.

Y teniendo, además, presente:

1.- Que, los hechos establecidos respecto de la conducta del requerido 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 permanecer más allá de la hora permitida, en la vía pública, sin que se agregue que se dirijan a una reunión con otras personas o que, de cualquier modo, generaran la hipótesis de un riesgo a la salud pública.

2.- Que, en consecuencia, los hechos han constituido solo infracciones administrativas, sancionables a ese título, pero no un delito penal, lo cual impone la necesaria absolución del requerido. Por cierto, el que la resolución exenta que estableció el asilamiento 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 y 389 del Código Procesal Penal, se declara



que **se absuelve** a **Luis Gerardo Collihuinca Llafquen** ya individualizado, del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público, como autor del delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal, aparentemente sorprendido en la comuna de Paillaco, el 10 de mayo de 2020.

Dese cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Tavorari.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

N° 144.453-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavorari G. No firman los Ministros Sres. Brito y Llanos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y con feriado legal, respectivamente.

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA
REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 23/07/2021 14:04:41

JORGE LUIS ZEPEDA ARANCIBIA
MINISTRO(S)
Fecha: 23/07/2021 10:00:31



PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 23/07/2021 14:04:42



En Santiago, a veintitrés de julio de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

