

Puerto Montt, tres de agosto de dos mil veinte

VISTOS:

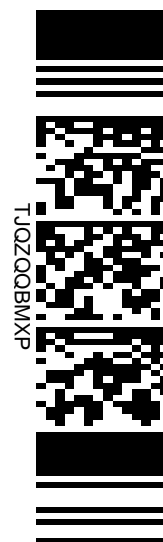
Comparece **Claudio Herrera Reyes**, abogado defensor penal público, por el sentenciado **CLAUDIO JOSÉ BARRIENTOS VARGAS**, en causa **RIT N°1367-2020** del Juzgado de Garantía de Puerto Varas, e interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada con fecha 30 de mayo de 2020, a objeto que esta Corte acoja el recurso, procediendo a anular la sentencia impugnada y dicte una de reemplazo que lo condene por la falta prevista y sancionada en el artículo 495 N°1 del Código Penal.

Interpone el presente recurso por la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, a saber, que en la sentencia se habría hecho una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en específico, del artículo 318 del Código Penal.

Lo anterior, toda vez que ni en la relación de los hechos realizada por el acusador ni de los antecedentes aportados en juicio, se habría extraído que el acusado era portador de la enfermedad COVID-19 ni que a la época de los hechos se encontraba bajo algún sistema de cuarentena decretado por autoridad sanitaria, por lo que no se cumplirían los presupuestos del tipo por el cual fueron condenados, toda vez que no habrían puesto en peligro la salud pública.

Sostiene que el delito contenido en el artículo 318 del Código Penal es uno de peligro concreto, por lo que requiere se materializa cuando el acusado está en condición cierta de hacer peligrar la salud, situación que, como ya se señaló, no habría sido imputada ni acreditada. Así, refiere que los hechos descritos en el requerimiento se enmarcan dentro de la falta contenida en el artículo 495 N°1 del Código Penal.

Señala que lo anterior influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que significó que su representado fuera condenado como autor de dos delitos consumados del artículo 318 del Código Penal en circunstancias que, de no haber mediado dicho error, se debió reconducir a la falta del artículo 495 n°1 del mismo cuerpo legal, que tiene asignada una pena de multa.



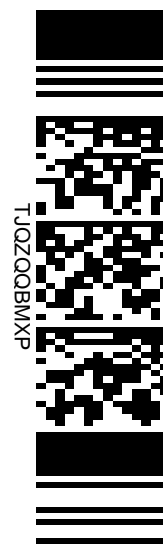
Por lo anterior, solicita que se acoja el presente recurso, invalidando la sentencia impugnada y dictando una de reemplazo se establezca que se condena a don Claudio José Barrientos Varas, como autor de la falta penal prevista y sancionada en el artículo 495 N° 1 del Código Penal, cometidas el día 18 de abril y el día 30 de mayo, a dos penas de multa equivalentes a media unidad Tributaria mensual cada una de ellas y que para la solución de la multa impuesta se conceda, conforme lo previsto en el artículo 70 del Código Penal, 3 parcialidades iguales y sucesivas de un tercio de unidad tributaria mensual cada una, que se devenguen dentro de los 5 primeros días del mes siguiente en que se disponga el cumplimiento de la sentencia, sirviendo de abono un día por motivo de detención.

Con lo expuesto, y considerando:

PRIMERO: Que la sentencia recurrida concluye que los antecedentes referidos con los partes de detención son suficientes para configurar para ambos hechos el delito previsto y sancionado en el 318 del Código Penal, disposición que considera suficiente un riesgo de la seguridad y salud pública, sin exigir un contagio cierto, concreto y determinado al imputado para propagar la enfermedad, resultando suficiente para satisfacer tal requisito, la infracción de las reglas de salubridad debidamente publicadas para evitar el contagio.

En cuanto a la recalificación, entiende que 495 N°1 del mismo Código constituye una norma general para conservar orden público, en tanto el hecho no constituya otro crimen o simple delito; y que en este caso la situación se enmarca en la figura delictiva prevista en el ya indicado artículo 318, que debe primar por sobre la de una simple falta, al ocurrir durante un tiempo de epidemia, caso de la conducta en que fue sorprendido el imputado.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público sostuvo en estos estrados, compartiendo la decisión impugnada, que el delito previsto en el artículo 318 del Código Penal tiene la característica de ser uno de peligro en abstracto, en el que basta la infracción a las reglas impuestas por la autoridad sanitaria para el control o prevención de una enfermedad pandémica, como la que ha venido a presentarse durante este año en nuestro país.



Agrega que tal interpretación ha venido a quedar refrendada al dictarse la ley 21.240 -publicada en el Diario Oficial e 20 de junio de 2020-, que manteniendo la figura punible de autos, ha tipificado en forma adicional situaciones de peligro concreto que resultan aplicables a la misma clase de conductas, cuando son perpetradas por quienes infrinjan las medidas sanitarias de la autoridad encontrándose infectados de la enfermedad pandémica. Sostiene así, que el delito previsto en el artículo 318 es aplicable a los casos de mera infracción a tales medidas, mientras que el del artículo 318 bis sería la figura penal descrita para quienes además infrinjan tales medidas produciendo un riesgo concreto de contagio.

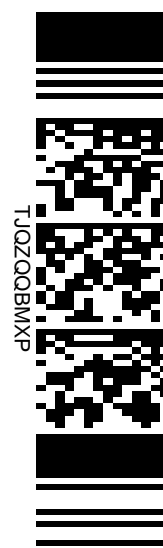
TERCERO: Que a partir del 31 de diciembre de 2019 se detecta un nuevo virus, denominado coronavirus-2, con alta capacidad de propagación del síndrome respiratorio agudo grave (SAR-CoV-2). La enfermedad, también denominada “Covid-19”, no logró ser confinada e inició pronto su propagación por el orbe, situación que no fue ajena para nuestro país.

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud, ante la rápida propagación del virus, reconoció a dicha enfermedad como pandemia.

Que en nuestro país, mediante D.S. N°4 de 5 de febrero de 2020, el Ministerio de Salud decretó Alerta Sanitaria por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, estableciendo diversas medidas de control.

Asimismo, mediante D.S. 104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado en el Diario Oficial de fecha 18 de marzo de 2020, fue declarado el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por calamidad pública y con vigor para todo el territorio de Chile, advirtiendo que existiría un aumento de casos confirmados durante los siguientes meses, lo que requeriría de la adopción de medidas excepcionales por parte de la autoridad para asegurar a todas las personas el derecho a la vida y la integridad física y psíquica, así como la protección de la salud y reconociendo la situación como una calamidad pública, en los términos del artículo 41 de la Constitución Política.

Agrega que ante ello se reconoce la necesidad de una participación continua y coordinada de las autoridades civiles del Estado, como también de los



Jefes de la Defensa Nacional para dar cumplimiento a su tarea, para lo cual fueron designadas altas autoridades militares a cargo de cada una de las regiones del país.

Que, dentro de las facultades de dichas autoridades, se encuentra la de velar por el orden público, reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional, así como disponer con amplias facultades ciertas medidas que, entre otras, significan la imposición de restricciones al ejercicio de algunos derechos o libertades personales, como las relacionadas a la entrada y salida de las zonas de catástrofe, así como el tránsito en ellas.

En ese contexto dispuso como una medida preventiva de orden sanitario, aplicable a nivel nacional, que todos los habitantes de la República deberán permanecer bajo la medida de aislamiento en sus residencias, entre las 22:00 y 05:00 horas del día siguiente. La medida comenzó a regir desde esa fecha y por un plazo indefinido, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su supresión.

CUARTO: Que una de las medidas dispuestas por la autoridad competente para contener o prevenir dicha propagación, es la denominada *toque de queda nocturno*, implementada por Resolución (E) N°202 de fecha 22 de marzo del Ministerio de Salud y que impide a la población nacional, salvo excepciones que no viene al caso referir, el salir de su domicilio y en general movilizarse, entre las 22:00 y las 05:00 horas. Medida que se ha mantenido ininterrumpidamente desde ese día y hasta la fecha.

QUINTO: Que en este caso la conducta que se reprocha al requerido, en la que resultó sorprendido el 18 de abril y también el 30 de mayo de 2020, ha consistido precisamente en infringir la prohibición de aislamiento domiciliario mencionada en el considerando anterior, siendo sorprendido mientras conducía vehículos motorizados durante la vigencia del estado de emergencia y dentro de los horarios en que ello se encuentra prohibido, sin que existiera alguna causal que lo hubiera justificado o excepcionado del cumplimiento de la referida medida de restricción.



Debe destacarse además, que no fue acreditado que el infractor, al desarrollar ambos hechos, se hubiese encontrado infectado por el virus Covid-19, ya referido.

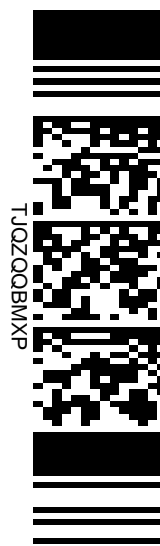
SEXTO: Que encontrándose acreditado los hechos y autoría del imputado, corresponde aquí determinar si tal conducta configura el delito previsto y sancionado por el artículo 318 del Código Penal, por el cual ha sido condenado; particularmente, considerando el bien jurídico protegido y la manera o extensión como ha quedado resguardado en esta norma.

Que para tales efectos y tal como han dejado planteado los intervinientes, fluye sin lugar a dudas que el bien jurídico que protege es el de la salud pública, y que dentro de dicho contexto, no es requerido que la conducta signifique el contagio de la enfermedad, quedando consumado por el solo hecho de producir el peligro o riesgo de su propagación.

Lo discutido se centra en determinar, entonces, si dicho riesgo se verifica por la sola infracción de las medidas preventivas impuestas por la autoridad, como sostiene el Ministerio Público y ha concluido la sentencia impugnada, en cuyo caso sostienen que se trataría de un riesgo “abstracto”, esto es, aquellos cuya configuración se produciría sea que el sujeto se encuentre o no en condiciones de salud que permitan el contagio de la enfermedad pandémica. O, en cambio, si su condición de salud al ocurrir los hechos ha debido incluir su positividad de transmisión del virus a terceros o riesgo “en concreto”, en cuyo caso debiera concurrir otro requisito indispensable del tipo penal, como postula el recurrente.

SÉPTIMO: Que el artículo 318 del Código Penal dispone : *“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, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.”*

Que como se advierte, la norma sanciona a quien “pusiere en riesgo la salud pública”, y lo haga infringiendo reglas higiénicas o de salubridad dispuestas por la autoridad en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio. Que así descrita, la conducta que se sanciona es dejar en peligro la salud pública en relación a una



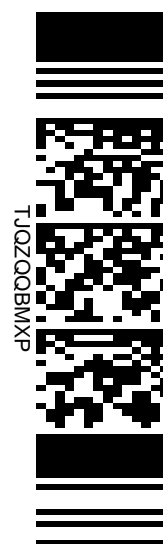
epidemia o contagio, lo cual no parece posible para el sujeto que, al no encontrarse contagiado por la enfermedad, se encuentre inapto de hacer peligrar ese bien jurídico.

Que esta conclusión, que emana del tenor literal de la disposición, se ve avalada por la historia de su establecimiento, por medio de la ley 17.155 del año 1969. En efecto, con anterioridad a dicha modificación bastaba para dar por establecida la existencia del delito, si un sujeto “*infringiere las reglas higiénicas o la salubridad acordadas por la autoridad en un tiempo de epidemia o contagio*”, sin exigir que tal conducta pudiera “pusiere en peligro la salud pública”.

Resulta entonces evidente que el legislador ha modificado la extensión de la tutela al bien jurídico, desde uno de carácter abstracto dado por la mera infracción a las normas de salubridad, sea cual fuere la condición de salud del hechor, por otro en concreto, cuya comisión requiere que tal ruptura produzca un real peligro. De esta manera y sin que ello signifique verificar que el hechor hubiese propagado en terceros la enfermedad, debe al menos encontrarse en una condición de salud que lo hiciera posible.

Que corresponde además analizar el argumento que ha formulado en estrados el Ministerio Público, en cuanto a que la promulgación de la ley 21.1240 ha venido a tipificar otras conductas de mayor penalidad en relación al incumplimiento de medidas de control sanitario, que sí evidencian la presencia de un peligro concreto de afección a la salud pública. Al efecto, el artículo 318 bis que ha incorporado dicha ley, publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de junio del año en curso, sanciona a quien “*en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.*”

Que la incorporación de esa conducta al catálogo de figuras punibles, permite comprobar únicamente que en caso de existir conocimiento previo del hechor en cuanto a su calidad de infectado de la enfermedad pandémica, infrinja



las medidas impuestas por la autoridad y genere, así un efectivo peligro para la salud de los demás.

Que, con todo, esta figura penal -que claramente considera un delito de peligro en concierto-, no permite concluir que la figura primigenia del artículo 318 constituya un delito de peligro abstracto. Ambas disposiciones regulan dos situaciones distintas en que el sujeto es capaz de propagar la enfermedad.

Así, y con la modificación legal señalada, que deben interpretarse armónicamente para permitir su vigencia y eficacia, debe concluirse que aquellas situaciones en que el sujeto, sabiendo que constituye un agente propagador, y aun así infringe las medidas sanitarias, incurriría en el hecho punible descrito por el artículo 318 bis, mientras que si el sujeto comete tales infracciones sin tener conocimiento de su enfermedad o de su calidad de eventual propagador, podrá quedar comprendido dentro de la figura delictual menos grave que para esos casos reserva el artículo 318.

Pero en uno y otro caso resulta necesario que el sujeto no solamente infrinja las consabidas medidas de prevención o control dispuestas por la autoridad, sino además que se encuentre en condiciones de propagar la enfermedad, con o sin su conocimiento.

Que, por otra parte, no resulta posible en este caso emplear la referida modificación legal como una herramienta interpretativa que amplíe el campo de aplicación del delito por el cual se ha requerido al imputado, por resultarle perjudicial y, en confluencia, por tratarse de una disposición que al tiempo de producirse ambos hechos no había sido aún promulgada.

OCTAVO: Que, finalmente y más allá de la discusión jurídica que ha sido promovida en orden a determinar la existencia o no del delito en base a si se trata de un peligro abstracto o concreto, lo cierto es que la infracción de reglas higiénicas constituye sólo un requisito copulativo exigido por la ley en adición a la conducta sustancial que reprocha, cual es la de poner en peligro la salud pública; por lo que, aun siguiendo el raciocinio planteado por el persecutor penal, en cuanto a que dicho tipo es de de peligro “abstracto” y su comisión se vería satisfecha sin que el sujeto fuese apto para concretar un contagio, lo cierto es que



si no resultare comprobada esa condición de salud en el hechor, en este caso respecto del virus patógeno pandémico, no habría sido su conducta infractora idónea para generar algún peligro de propagación.

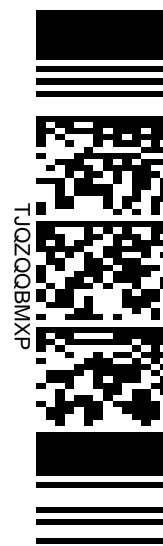
En consecuencia, sea porque se descarte la presencia del agente viral en el sujeto, o porque tal contaminación no fuere debidamente justificada, no es posible dar por establecido que su conducta pudiera ser eficaz para producir el peligro que la ley sanciona.

NOVENO: Que en este caso Claudio José Barrientos Vargas ha sido condenado como autor de dos delitos consumados contra la salud pública, previstos y sancionados en el artículo 318 del Código Penal, ocurridos los días 18 de abril y 30 de mayo de 2020 en la comuna de Frutillar, a dos penas de 61 días de presidio menor en su grado mínimo cada una, más suspensión para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Y conforme a la promoción de la acción, el requerimiento le imputa la conducta de incumplir su obligación de aislamiento en su residencia entre las 22:00 y 05:00 horas del día siguiente, pero sin reprochar que tales conductas hubiesen acarreado un peligro a la salud pública o cómo éste se produjo.

En este sentido, y ante la ausencia de elementos de prueba que permitieran concluir que el imputado efectivamente hubiese sido portador de la enfermedad Covid-19, cuya prevención amerita la imposición de las medidas preventivas dictadas por la autoridad, resulta en los hechos que en este caso dicho peligro de propagación o de daño a la salud pública, no acaeció.

Que en consecuencia, y al haber prescindido de dicho elemento sustancial de la figura punible prevista por el artículo 318 del Código Penal, la sentencia condenatoria ha sido dictada con infracción a dicha ley, por lo que corresponderá acoger el recurso y en consecuencia será anulada bajo la causal del artículo 373 letra “b” del Código Procesal Penal, a cuyo alero fue planteada, esto es la de contener aquella errónea aplicación del derecho plasmada en los considerandos que anteceden.

Que, en cuanto a la circunstancia de influir tal error en lo dispositivo del fallo, concurre también ese requisito pues, ante la ausencia de uno de los



requisitos del tipo penal, dicha sentencia debió ser absolutoria respecto de aquellos delitos por los cuales el imputado ha sido requerido y luego condenado.

DÉCIMO: Que no obstante lo anterior, y teniendo en consideración que en este caso ha sido comprobado que los días 18 de abril y 30 de mayo de 2020, el requerido infringió la medida preventiva de toque de queda que ha sido impuesta por la autoridad sanitaria en ejercicio de sus facultades y de conformidad a la legislación, Decreto Supremo y resolución referidas en el considerando tercero de esta sentencia, al no haber permanecido en su domicilio o residencia durante todo el lapso comprendido entre las 22:00 y las 05:00 horas del día siguiente; hechos que además han sido admitidos por el hechor en la correspondiente audiencia, no cabe sino concluir que tales desobediencias, despojadas de algún otro elemento incriminador, configuran aquella falta penal prevista y sancionada por el artículo 495 N°1 del Código Penal, esto es, la de contravenir las medidas que ha impuesto la autoridad para conservar el orden público o evitar que se altere, y cuya sanción corresponde a la pena única de 1 Unidad Tributaria Mensual para cada hecho.

UNDÉCIMO: Que en consecuencia, y sin perjuicio que la sentencia será anulada por los motivos ya latamente expuestos, la conducta por la cual ha sido perseguido penalmente el hechor, en relación a los 2 hechos que ha perpetrado, será recalificada a la falta penal recién indicada, que por lo demás coincide con la figura ilícita y sanciones que ha propuesto la defensa en su libelo anulatorio.

Que asimismo, y atendido lo dispuesto en el artículo 385 del mismo Código, resultando que en la especie el imputado ha incurrido en un hecho punible distinto de aquel por el cual fue condenado, corresponderá dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, que será condenatoria, como autor de dos hechos constitutivos de la falta que tipifica el artículo 495 N°1 del Código Penal.

Por estos fundamentos y lo dispuesto por los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se acoge el recurso de nulidad promovido por don Claudio Herrera Reyes, Defensor Local de Puerto Varas, en contra de la sentencia de fecha 30 de mayo de 2020, dictada en el proceso RIT N°1367-2020 del Juzgado de Garantía



de Puerto Varas, y que ha condenado a Claudio José Barrientos Vargas como autor de dos delitos consumados de peligro a la salud pública, previstos y sancionados en el artículo 318 del Código Penal mayo de 2020.

En consecuencia, se anula dicha sentencia, correspondiendo acto seguido y sin nueva vista de la causa, dictar la de reemplazo.

II.- Que no se impondrá al Ministerio Público el pago de las costas, por haber tenido motivo plausible para litigar y por cuanto la conducta punible ha sido recalificada a dos hechos que resultan penalmente reprochables, aun cuando en menor intensidad.

Regístrese, comuníquese, dese lectura en la audiencia de hoy y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Christian Löbel Emhart.-

Rol 407-2020.-



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Puerto Montt integrada por Ministro Jaime Vicente Meza S., Fiscal Judicial Mirta Sonia Zurita G. y Abogado Integrante Christian Lobel E. Puerto Montt, tres de agosto de dos mil veinte.

En Puerto Montt, a tres de agosto de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por 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.
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>