

Iquique, veintiocho de agosto de dos mil veinte.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, en causa RUC 2000814608-0, RIT O-5806-2020, del Juzgado de Garantía de Iquique, Rol 308-2020 de esta Corte, ha recurrido de apelación la abogada defensora penal pública doña Aliny Loren Garcés Pinto, en representación de la imputada en contra de la resolución dictada por el señor Juez don Mauricio Chía Pizarro, de once de agosto del presente año, por la cual no dio lugar a decretar el sobreseimiento definitivo respecto de su representada.

SEGUNDO: Que, la recurrente solicitó el sobreseimiento definitivo de su defendida en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, desde que a su juicio el actuar de su representada no es constitutivo de delito, dado que los antecedentes expuestos por el ente persecutor no aportan elementos que den cuenta que el actuar de haya puesto en peligro la salud pública, ello por cuanto no es suficiente el incumplimiento de normas reglamentarias.

Señala que el actuar del magistrado resulta agravante para su defendida, por lo que solicita que se acoja el recurso, se revoque la resolución que no hace lugar al sobreseimiento definitivo y en cambio se acoja dicha solicitud.

TERCERO: Que, el representante del ente persecutor refiere que se dan todos y cada uno de los presupuestos que hacen concurrente el delito en cuestión, por lo que sólo procede rechazar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada.

CUARTO: Que, en primer término es necesario transcribir los hechos: “El día 10 de agosto del año 2020, cerca de las 13:50 horas, en circunstancias que personal policial efectuaba fiscalizaciones en avenida La Tirana a la altura de la casa signada con el número 2585 de la ciudad de Iquique, a fin de resguardar el cumplimiento de la



cuarentena total decretada mediante resolución 347 del 13 de mayo del año 2020 por la autoridad sanitaria, verificó la presencia de la imputada doña quien transitaba por la vía pública sin el permiso temporal que la habilitara al incumplimiento de la cuarentena total, ésta no mantenía ningún tipo de documento o autorización, razón por la cual se procede a su detención toda vez que había incumplido la normativa sanitaria debidamente publicada en la cual rige dada la situación de pandemia mundial y estado de catástrofe que nos rige actualmente.”.

QUINTO: Que, parece preciso reiterar que de la misma manera que se analizó en las causas Rol 301-2020, 302-2020 y 276-2020, de esta Corte, antes de entrar al análisis del caso concreto resulta interesante, a modo de introducción, precisar que el artículo 318 del Código Penal se encuentra dentro de la clasificación de delitos de lesión y delitos de peligro.

Los primeros se conocen como aquellos ilícitos en los que la realización del tipo involucra de manera efectiva la lesión al bien jurídico protegido, mientras que en los delitos del segundo grupo, para estar frente a ellos resulta suficiente con que el sujeto activo haya puesto en riesgo el bien jurídico cubierto por la normativa penal. A su vez, los delitos de peligro se subdividen en delitos de peligro abstracto y peligro concreto, diferenciándose unos de otros según si se exige o no la acreditación o verificación del peligro para el bien jurídico tutelado penalmente.

SEXTO: Que, la utilización del artículo 318 del código punitivo no ha estado exento de polémica en cuanto a su aplicación, tanto así que por Oficio FN N° 057/2020 del Fiscal Nacional del Ministerio Público dirigido a los fiscales regionales, jefes y adjuntos, jefes de gestión, asesores jurídicos, abogados asistentes de fiscal y administradores de las fiscalías de todo el país, con la finalidad de impartir criterios de actuación en delitos contra la salud pública entre otros, se precisó que el artículo ut supra establece una figura de peligro concreto que sanciona al que ponga en peligro la salud pública por infracción de las



reglas higiénicas o de salubridad, siempre que ello ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio y que las referidas reglas hubieren sido debidamente publicadas por la autoridad.

Sin embargo, luego de la modificación de la Ley 21.240 se distribuyó un nuevo instructivo, señalando que se trata de un delito de peligro abstracto, ya que “los bienes jurídicos colectivos, -como la salud pública- a diferencia de los bienes jurídicos individuales, no se encuentran expuestos a una lesión empíricamente constatable, razón por la cual se acepta, modernamente, que su afectación sólo puede ser captada, adecuadamente, a través de la estructura de los delitos de peligro abstracto”.

No deja de llamar la atención que el cambio de instrucción es una suerte de consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 21.240 que crea en su artículo 318 bis una figura calificada de peligro concreto, diferente de la figura original de peligro abstracto del artículo 318. El argumento utilizado para el cambio de instrucción desde el punto de vista de la dogmática-jurídica pareciera incompleto desde que el bien jurídico cautelado por el artículo 318 bis es el mismo que el del artículo 318, esto es, la salud pública, reviviendo o mejor dicho aumentando las dudas respecto de la calificación de ambas figuras penales ya sea como delito de peligro abstracto o concreto.

SÉPTIMO: Que, por una parte y siguiendo al autor Fernando Londoño Martínez, en su trabajo “¿Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena? Revisión crítica de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley 21.240): más micro que macro...”, el problema es que el artículo 318 del Código Penal, no contiene un elemento objetivo de peligrosidad estadística, como si sucede con otros delitos de peligro abstracto, tales como el delito de tráfico de sustancias ilícitas y el manejo en estado de ebriedad, cuestión que conllevaría a buscar al interprete una alternativa que le confiera tal peligrosidad al mentado artículo, de modo de reconocer cobertura sólo



allí donde se verifique “algo más” que la sola infracción de las reglas típicas, pues, el mismo autor nos dice que de otro modo el delito se torna puramente formal, anulándose el sentido práctico-operativo de la formula “peligro para la salud pública”, entonces no basta la sola infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, sino que se debe exigir que efectivamente esa desobediencia ponga en **peligro la salud pública**.

El pretender sólo sancionar a quien no cumpla con las reglas higiénicas o de salubridad, que en el caso concreto no es más que según los hechos del requerimiento estar en la vía pública sin portar permiso o salvoconducto que la habilitara para mantenerse en el lugar, ciertamente carece dicha conducta de ese “algo más” a que nos referimos en el párrafo anterior, máxime que, según el parte policial estaba la imputada, estaba cercana a su domicilio y en horas -13:50 horas-, que permiten suponer la veracidad de la información aportada en la vista del recurso, y que básicamente consistió en que las salida del domicilio de la requerida no era sino con la finalidad de retirar dinero de una caja vecina, provista además de una mascarilla, cuestión que no pudo ser contradicha por el ente persecutor quien no desplegó actividad investigativa alguna que permitiera siquiera pensar en que la infracción reglamentaria fuera de la entidad que tuvo en cuenta el legislador para asumir que aquello también pondría en riesgo la salud pública.

Por otra parte, cómo podría darse la exigencia de “poner en riesgo la salud pública”, si el controlado no está contagiado, ni tampoco se verificó por la autoridad aquella posible circunstancia, lo que llevaría -como ha ocurrido en reiteradas oportunidades- a la detención de todo aquel que vive en situación de calle, sancionando con ello la pobreza tal como se hacía de antaño al condenar por el delito de vagancia y mendicidad.

OCTAVO: Que, parece acertado por ahora encuadrar el artículo 318 del Código en comento, en lo que se conoce como delito de



idoneidad o de peligro abstracto-concreto, es decir, no se está en presencia de un delito formal, ni uno que requiera la acreditación de un peligro efectivo para alguien o algo determinado, en otras palabras, se trata de una figura que supone la verificación o acreditación de una determinada forma de peligrosidad o de idoneidad lesiva, esto es, más que una situación de peligro per se, de una cuestión de peligrosidad que debe ser acreditada en el proceso penal.

Se ha dicho que esta exigencia cumple fines de legitimación, pero por sobre todo entrega y ofrece un sentido posible para objetivizar la “puesta en peligro para la salud pública”.

Lo explica el autor antes mencionado, quizás de una manera absolutamente pedagógica al considerar esta categoría de delito de peligro abstracto-concreto, como un punto medio, donde no se trata de acreditar un peligro efectivo (casi improbable), ni de mera infracción de normas cautelares (delito puramente formal), sino de justificar alguna forma de peligrosidad que haga razonablemente sentido desde la experiencia jurídico social.

NOVENO: Que, así las cosas de los hechos contenidos en el requerimiento no se observa de qué manera la requerida pudo provocar un daño o poner en peligro a la salud pública, más si nada se aportó por el persecutor sobre las condiciones en que fue encontrado, si con mascarilla, si se le controló temperatura, si se le efectuó algún tipo de examen, etc., entonces no parece suficiente el sólo hecho de estar en la vía pública frente a su domicilio para configurar los elementos del tipo penal cubierto por el artículo 318 del Código Penal.

En definitiva, el problema de legitimidad de los delitos de peligro abstracto, al decir del profesor José Cerezo Mir, esto es, el reforzamiento del contenido de injusto material de los mismos, sólo puede ser resuelto por el legislador, transformando los delitos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud para la producción de un daño o de peligro abstracto-concreto.



DÉCIMO: Que, teniendo especialmente presente el sostenido aumento de causas como la analizada e independiente de la posición adoptada en esta oportunidad, por cierto producto de los antecedentes que se tuvieron a la vista, conviene también tratar con la finalidad de enriquecer la discusión y quizás en pos de ratificar lo que se ha analizado a propósito del caso sub lite, es que no cabe duda que el bien jurídico protegido con la norma del artículo 318 del código punitivo, es la salud pública, y que su afectación debe ser entendida con relación a la salud individual de un número indeterminadamente elevado y profuso de personas, y es así que para aquellos que consideran que se trataría de un delito de peligro concreto (Politoff, Matus y Ramírez; Etcheberry) requieren que la persona que vulnera las normas de higiene y salubridad debe estar en condiciones de poner en peligro el bien jurídico protegido, es decir, se debe acreditar la existencia efectiva del peligro que se trata de evitar (posibilidad de contagio), cuestión que ni siquiera puede sospecharse de los antecedentes aportados por los intervinientes, no siendo suficiente el argumento del persecutor respecto de las personas asintomáticas, desde que dicho argumento podría sostenerse si se les efectuara el examen respectivo, diligencia investigativa que en parte ahorraría ciertos aspectos de la discusión.

Ahora bien, para quienes consideran que se trataría de un delito de peligro abstracto (Hernández), se basan en el hecho que la salud que se debe poner en peligro no es la salud de nadie en particular por lo que no puede acreditarse su puesta en peligro más allá de la prueba de la peligrosidad general de la conducta. De lo anterior, igualmente se requiere de una peligrosidad general de la conducta, peligrosidad, insistimos que no puede darse si la persona no se encuentra contagiada, quedando entonces subsistente una infracción a las reglas higiénicas o de salubridad.

UNDÉCIMO: Que, si se relaciona este análisis con el principio de lesividad, se podrían ofrecer buenos argumentos para entender que



los delitos de peligro abstracto simplemente deben para algunos excluirse o bien limitarse del ordenamiento jurídico penal.

Un argumento quizás ejemplificador, se puede encontrar en un artículo sobre los delitos de peligro -Revista de Ciencias Penales 1969- Bustos y Politoff, quienes junto con reconocer la potestad del legislador para configurar conductas delictivas, razonan con lógica irrefutable, que, si el fundamento de la punibilidad en los delitos de peligro es el peligro, no se pueden castigar delitos de peligro sin peligro. Elemento este -peligro- que pertenece al núcleo del tipo y es por ende fundante de la ilicitud, ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia.

Finalizan su artículo señalando que los delitos de peligro son siempre delitos de resultado, es decir, requieren de una situación peligrosa efectiva y rechazando la noción de los delitos de peligro abstracto, que se fundan solamente en un desvalor de acción. En relación a lo anterior, el profesor Etcheberry apunta a una expresión que contiene el artículo 318, que resulta determinante para entender correctamente su naturaleza, por cuanto en la estructura de los delitos de lesión y peligro concreto, el riesgo forma parte del tipo, a diferencia de los delitos de peligro abstracto. En este sentido el mismo autor recuerda que el tipo del 318 exige, de manera expresa, la concurrencia de un riesgo, riesgo que forma parte de su tipo y, por tanto, debe necesariamente verificarse y ser cubierto por la culpabilidad, ello porque la norma señala a la letra “el que pusiere en peligro...”, lo que lleva al citado autor a categorizar a este delito como de peligro concreto.

DUODÉCIMO: Que, lo señalado precedentemente no hace sino refrendar la crítica a la existencia de los delitos de peligro abstracto, surgiendo en consecuencia una figura intermedia entre aquellos y los delitos de peligro concreto, que tal como se señaló en los



considerandos precedentes se les conocen como aquellos delitos de idoneidad o de peligro abstracto-concreto.

Sabido es, que los delitos de peligro son ilícitos de “peligrosidad” o de resultado de peligro, juicios que deben afirmarse en concreto de manera objetiva, es decir, y siguiendo al profesor Francisco Maldonado F., no puede fundarse ninguna imputación penal sobre la base de juicios de probabilidad, sea que recaigan sobre el peligro o sobre la peligrosidad de la conducta, desde que las consecuencias de aquello no hacen sino vulnerar los principios de lesividad y de culpabilidad.

Por todo lo antes dicho y sin entrar a analizar, por considerarse innecesario, las opiniones de quienes siguen una tesis o postura dualista de lo injusto o bien aquellos que se aferran a la tesis monista, lo concreto es que cualquiera sea la opción, tanto la exigencia de peligrosidad, idoneidad lesiva o juicio de peligro, asumidas como exigencias materiales de justificación, deben quedar necesariamente sujetas a la vía interpretativa.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 250 y 253 ambos del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la resolución apelada de once de agosto de dos mil veinte, y en su lugar se decreta el **SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO** en los términos del artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal respecto de la imputada, dejándose sin efecto la medida cautelar a su respecto, decretada en audiencia de once de agosto de dos mil veinte.

La decisión anterior fue acordada con el voto en contra de la Ministra doña Marilyn Fredes Araya, quien estuvo por rechazar el recurso de apelación impetrado por la defensa de la encartada y confirmar la resolución en alzada teniendo en consideración, además de sus fundamentos, lo siguiente:

1.- Que con fecha 18 de marzo del año en curso se publicó el Decreto 104 que declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por Calamidad Pública, en el territorio de Chile.



El referido Decreto, en sus motivos primero al undécimo, explica las razones que se tuvieron en vista para decretar el estado de excepción constitucional, aludiendo el considerando 5 del citado Decreto 104, que el 11 de marzo del 2020 la OMS concluyó que el Covid-19 puede considerarse como una pandemia.

2.- Que el artículo 2 del cuerpo normativo al efecto dictado, establece que se designa como jefes de la Defensa Nacional a los miembros de las Fuerza Armadas, encomendando en la Región de Tarapacá tal función al General de División Sr. Guillermo Paiva Hernández, quien tendrá todas las facultades previstas en el artículo 7° de la Ley 18.415, según lo establece el artículo 3° del Decreto 104.

3.- Que por Decreto 269 de 16 de junio del presente año, se decreta una prórroga del Estado de excepción constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública en el territorio nacional por un término de 90 días.

4.- Que atendida la magnitud de la pandemia producida por el Covid 19, por Resolución Exenta N° 593 del Ministerio de Salud de fecha 24 de julio pasado, se prorrogó la medida de cuarentena en forma indefinida en la Región de Tarapacá.

5.- Que en virtud de las facultades otorgadas al Sr. Paiva Hernández como jefe de zona, se han dictado diversos Bandos para el control de la emergencia sanitaria y situación epidemiológica, tales como, la Resolución Exenta Bando N°36 de 31 de julio del año en curso, que amplía la restricción vehicular; Bando N°38 de 20 de agosto en curso, que establece algunas calles o avenidas como zonas peatonales, por citar algunos a modo de ejemplo.

6.- Que, de lo anterior se desprende inequívocamente, que se han restringido garantías constitucionales en aras de resguardar la salud pública, atendido el nivel considerado “muy alto” de propagación y contagio del virus Covid-19 establecido por la OMS.

7.- Que a su turno, el artículo 318 del Código Penal reza:” 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 6 a 20 unidades Tributarias mensuales”.

8.- De lo anterior fluye entonces, que quien infrinja las normas referidas en los numerales precedentes, pone en riesgo el bien jurídico protegido, esto es, la salud pública, que a juicio de esta disidente se corresponde con el denominado en doctrina de “peligro abstracto”, aseveración que queda de manifiesto al considerar que el riesgo para aquél, existe, no tan sólo en el caso en que estando contagiado, con o sin conocimiento de ello, circule por la vía pública, sino también, cuando aún sin haber contraído la enfermedad y sin respetar las normas sanitarias que exigen la obtención del permiso respectivo, lo hace igualmente, arriesgándose a adquirir el virus y a su vez, propagarlo a sus contactos cercanos, impidiendo la realización de la trazabilidad posterior, esencial para la detención de la pandemia.

De lo razonado, a juicio de esta disidente, resulta entonces irrelevante que el infractor se encuentre o no en el listado de contagiados que posee Carabineros de Chile, más aún si se considera que en dichos listados se consignan sólo las personas que se han efectuado el test PCR y han arrojado resultado positivo, sin que se incluya a toda la población de la región, ignorándose, en consecuencia, la cantidad de testeos y sus resultados.

9.- La idea antes expuesta se corrobora al considerar que la Ley 21.240 y Ley 20.393 de 20 de junio de 2020 que modifica el Código Penal, introdujo el artículo 318 bis, agravando la pena para aquellos infractores que, a sabiendas, incurren en la conducta de generar riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, tenor del cual emana la clara diferencia que el legislador ha hecho respecto de la acción contemplada en la norma que le precede.



Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Rafael Corvalán Pazols y el voto
disidente su autora.

Rol N° 308-2020 Penal.

Pedro Nemesio Guiza Gutierrez
Ministro
Fecha: 28/08/2020 14:12:19

Marilyn Magnolia Fredes Araya
Ministro
Fecha: 28/08/2020 14:14:16

Rafael Francisco Corvalan Pazols
Ministro
Fecha: 28/08/2020 14:13:28



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Iquique integrada por los Ministros sr. Pedro Gúiza Gutiérrez, sr. Rafael Corvalán Pazols y sra. Marilyn Fredes Araya. Iquique veintiocho de agosto de dos mil veinte.

En Iquique, a veintiocho 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>