

Santiago, veinticinco de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1.- Que la defensa de Marcelo Millapán Catalán, condenado en causa RIT 133 del Juzgado de Garantía de Cochrane, interpone recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio sobre la base de una sola causal, subdividida en cuatro capítulos, que rotula como causales diferentes, unos esgrimidos en subsidio de los otros. La primera y principal reclamación dice relación, como todas, con la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, estima que en el pronunciamiento de la sentencia, se ha hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, con relación con el artículo 318 del Código Penal, y en este caso en particular por supuesta vulneración al principio de legalidad penal, en sus dos vertientes de reserva legal y tipicidad o taxatividad, 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.

2.- Que como segundo capítulo del reclamo, rotulado como primera causal subsidiaria, la recurrente invoca de nuevo el motivo de nulidad contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y también respecto del artículo 318 del Código Penal, pero ahora con relación al 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.

3.- Que la llamada segunda causal subsidiaria no es sino una reiteración del mismo reclamo al tenor del motivo contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, también estimando infringido el artículo 318 del Código Penal, pero ahora por entender que se vulneró el



principio de aplicación de la ley más favorable, contenido 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.

4.- Que aquella que el recurrente llama “tercera causal subsidiaria” es, por fin, otra reiteración del mismo reclamo al tenor del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y de nuevo la disposición estimada como infringida es la misma; esto es, el artículo 318 del Código Penal, pero ahora porque se dice que en su lugar debió aplicarse el artículo 496 N° 1 del mismo texto legal.

5.- Que la primera cuestión que la defensa levanta, o causal principal, como la llama, está referida a que el tipo del artículo 318 sería una ley penal en blanco de naturaleza inconstitucional, por remitir la descripción de la conducta punible a una norma inferior, de orden reglamentario. Lo anterior es, con toda evidencia, más que un reclamo de nulidad, un alegato de inconstitucionalidad de la norma del artículo 318 del Código Penal, que no cabía plantear aquí, sino ante la sede que le corresponde, que es el Tribunal Constitucional, magistratura que ni ha declarado inconstitucional dicho artículo, ni tampoco lo ha declarado inaplicable para este caso particular, de suerte que no puede atenderse a ese primer apartado del recurso. Por lo demás, el tipo penal que se cuestiona sí describe la conducta punible, y precisamente porque la describe iniciando su postulado exigiendo que el hecho “pusiere en peligro la salud pública”, y ello mediante la infracción de determinados reglamentos, y porque no consiste la conducta típica simplemente en infringir tales reglamentos, es que el análisis debe deslizarse a la cuestión de la clase o naturaleza del peligro exigido, y de cómo la conducta del sentenciado generó, o no, ese peligro específicamente



requerido por el tipo, con lo cual entramos al análisis no solo de la tipicidad sino, imbricada con ella, en tanto delito de peligro, a la cuestión de la antijuridicidad material de la conducta, y, de esa manera, al segundo capítulo de la nulidad propuesta.

6.- 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 ilícito de peligro concreto y, por otros, de peligro abstracto, e inclusive hay una tercera posibilidad, según veremos. Para dilucidar el punto hay que reparar, como se adelantó, en el tenor literal de la norma típica misma; que en su parte pertinente reza: “**El que pusiere en peligro la salud pública** (el destacado es nuestro) por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...” Advertimos, pues, que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública. Castiga una conducta que realmente genere un riesgo para ese bien jurídico; 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 lo propio de un delito de peligro abstracto. Se puede contra argumentar que el artículo 318 bis del Código Penal sí que 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 y, en definitiva, concreto; pero, a todo evento, 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 referidos, a lo sumo 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 sería el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal.

7.- 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 el caso sublite. Ante todo, y contra lo que parece creer la defensa, de concluir que la figura del artículo 318 es un delito de peligro abstracto-concreto, no se sigue que el ilícito solo lo pueda cometer una persona contagiada de Covid-19. Eso no sería así ni aún si el delito fuere de peligro concreto, realmente, porque una persona sana que, por su precisa infracción de las reglas de salubridad, se expone al contagio, y por ende a ser vector de transmisión de la enfermedad, sí que genera un perjuicio perfectamente demostrable, para la salud pública. Mucho menos puede admitirse esa pretensión si calificamos al delito como de peligro hipotético, o de idoneidad.

8.- Que determinado todo lo anterior, cabe recordar los hechos ya inamoviblemente asentados por el tribunal de instancia, para analizar, a su tenor, si ellos, en su especificidad y no como simple conducta formal de infracción a reglamentos sanitarios, son o no idóneos para generar ese peligro a la salud pública, que los haría típicos y, además, antijurídicos.

9.- Que la descripción que el fallo atacado hace, respecto de la conducta desplegada por el sentenciado recurrente, refiere que Marcelo Iván Millapán Catalán fue sorprendido por personal militar en la vía pública de la ciudad de Cochrane, en compañía de otro sujeto, a las 22:20 del día 18 de abril de 2020, cuando regía horario de restricción domiciliaria nocturna, o



toque de queda (que se extendía desde las 22 horas hasta las 5,00 horas del día siguiente), sin salvoconducto que lo autorizara.

10.- Que esa sola descripción no satisface la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético, para la salud pública, como se dirá. El Ministerio Público se equivoca en su requerimiento, cuando imputa la comisión del delito “de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad”. Ese delito no existe; existe en cambio el de poner en riesgo la salud pública mediante tales infracciones, y la comparación entre una y otra formulación devela desde ya la diferencia, que se refiere justamente a la exigencia de una generación de riesgo, siquiera hipotético, y no a una sola constatación formal de haberse infringido una orden administrativa.

11.- Que en efecto; si bien es verdad que no hacía falta que Millapán estuviera enfermo o contagiado para incurrir en la conducta típica y antijurídica, como ya adelantamos, la acción de deambular a las 22,20 de la noche por una calle (además desierta, según testimonian los aprehensores conforme lo dice el mismo fallo atacado), por la que hasta veinte minutos antes podía transitar sin restricción, por más infractora de normas administrativo reglamentarias que sea, y por más sancionable que resulte a ese tenor meramente administrativo, no representa 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 estar, o deambular, dos sujetos en calles desiertas, por muy prohibido que esté por la



autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. De hecho esa conducta es más peligrosa en el día (sanitariamente hablando), por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. Y es además mucho más común en el día que en la noche. La infracción al toque de queda, entonces, no es per se generadora de riesgo, por más que sí sea per se infractora –y sancionable- en sede no penal. Será punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, como se dijo que ocurriría si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de muchas personas, pero eso no se imputa en este caso.

12.- Que, por consiguiente, lleva la razón la defensa en este punto, en cuanto a que falta a la conducta la antijuridicidad material, y en verdad todavía más que eso, falta la tipicidad misma –ambos aspectos están aquí especialmente imbricados- atendida la precisa exigencia con que comienza la redacción del artículo 318 del Código Penal, que se ha visto 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, de suerte tal que se hizo calzar en él a una conducta que no está alcanzada por sus términos, lo que obliga a acoger el recurso por el segundo capítulo de la causal esgrimida, lo que hace que no sea pertinente abordar los posteriores, invocados de manera 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 intentado por la defensa de Marcelo Iván Millapán Catalán, y en consecuencia **se invalida la sentencia** del Juzgado de Garantía de Cochrane de fecha quince de septiembre de dos mil veinte, recaída en sus autos de juicio simplificado RIT 133-2020, la que se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.



Se previene que el Ministro (S) Sr. Zepeda fue de opinión de señalar que no se puede extender la punibilidad interpretativamente, al estar prohibida “in malam partem”, lo que el fallo infringe al incorporar al artículo 318, una medida instrumental preventiva dada por la autoridad administrativa en relación al virus Covid 19.

En efecto, los principios y reglas constitucionales del artículo 19, número 3 de la Constitución Política de la República, recogidos en el artículo 1 del Código Penal, ordenan castigar penalmente conforme a los principios de reserva de ley, de suficiente determinación del delito, de culpabilidad, de racionalidad como manifestación del principio de igualdad, de proporcionalidad y de lesividad, los que siempre son obligatoriamente utilizables para interpretar la disposición penal, conforme a la hermenéutica establecida en el artículo 5, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Redacción del Ministro suplente Sr. Raúl Mera Muñoz y la prevención de su autor.

Regístrese y comuníquese.

Rol N° 125.436-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., los Ministros Suplentes Sres. Raúl Mera M., Jorge Zepeda A., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavorari G. No firman el Ministro Sr. Valderrama y los Ministros Suplentes Sres. Mera y Zepeda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso el Ministro Sr. Valderrama y por haber concluido sus períodos de suplencias los Ministros Sres. Mera y Zepeda.



HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 25/03/2021 10:05:51

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 25/03/2021 10:05:52



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



Santiago, veinticinco de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos:

De la sentencia anulada se reproducen sus fundamentos primero a noveno, ambos inclusive, y asimismo su fundamento décimo tercero.

Y teniendo además presente:

1.- Que como se dijo en los motivos 6 a 11 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 permanecer dos sujetos veinte minutos más allá de la hora permitida, en la vía pública, sin que se agregue que se dirijan, 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 solo 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 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 Marcelo Iván Millapán Catalán, ya individualizado en el primer motivo del fallo que se anulara (reproducido en éste), del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público, como autor del delito de infracción al artículo 318 del Código Penal.

Álzanse todas las cautelares y cancelanse todas las garantías de comparecencia que se hubieren dispuesto respecto del sentenciado, tomándose nota en los registros policiales y públicos de cualquier orden, en que figuraren.

Redacción del Ministro suplente Sr. Raúl Mera Muñoz.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Rol N° 125.436-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., los Ministros Suplentes Sres. Raúl Mera M., Jorge Zepeda A., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavolari G. No firman el Ministro Sr. Valderrama y los Ministros Suplentes Sres. Mera y Zepeda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso el Ministro Sr. Valderrama y por haber concluido sus períodos de suplencias los Ministros Sres. Mera y Zepeda.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 25/03/2021 10:05:53

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 25/03/2021 10:05:54



XYYGTVKXKM

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

