

NATURALEZA DEL PELIGRO EXIGIDO POR EL DELITO DEL INCISO 1°
DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

ANTONIA SILVA LIOI
Universidad de Chile

SEBASTIÁN GONZÁLEZ FARFÁN
FELIPE MORGAN SIEFER
Pontificia Universidad Católica de Chile

Como consecuencia de la reacción penal con que el Estado chileno ha enfrentado la pandemia de COVID-19, el alcance del inciso 1° del artículo 318 del Código Penal, que sanciona, entre otros, a quien pusiere en peligro a la salud pública en tiempos de epidemia mediante la infracción de reglas higiénicas o de salubridad publicadas por la autoridad, ha estado en el centro de la discusión jurídica en nuestro país. Aunque el Ministerio Público, las defensas y la judicatura han concordado en que el delito contra la salud pública tipificado en esta disposición correspondería a un delito *de peligro*, que no exigiría que se lesione directamente la salud de individuos o de la comunidad, la naturaleza de tal peligro y su relación con la infracción a las normas dictadas por la autoridad sanitaria han sido objeto de arduas disputas. Las cortes superiores de nuestro país también han tomado parte en el debate, sosteniendo dispares criterios, que se extienden desde la consideración de que la mera infracción a las normas sanitarias administrativas configurarían el delito, hasta la visión de que solo alguien contagiado de COVID-19 podría ser castigado por este, formulándose una posición intermedia por parte de la Corte Suprema que ha venido a tranquilizar, en parte, las aguas de esta controversia.

I. EL ART. 318 DEL CP COMO DELITO
DE PELIGRO ABSTRACTO

Diversas cortes de apelaciones de nuestro país han entendido que el delito tipificado en el inc. 1° del art. 318 corresponde a un delito de peligro abstracto contra la salud pública cuya peligrosidad es inferida por ley. Bajo esta interpretación, la infracción de las reglas sanitarias de por sí conllevaría la configuración de un peligro para la salud pública, de modo que no sería necesario constatar circunstancias adicionales para acreditar la existencia de riesgo para dicho bien jurídico. Ello se traduce en que, de acuerdo con estos pronunciamientos, para

la perpetración del delito bastaría la prueba del quebrantamiento de alguna de las medidas sanitarias adoptadas por la autoridad administrativa, como las prohibiciones de circulación por la vía pública en determinados horarios o las “cuarentenas” territoriales. En la fundamentación de estos fallos, las cortes han tendido a discurrir en torno al carácter colectivo del bien jurídico protegido por la norma; a la contraposición con la nueva figura penal contemplada en el art. 318 bis, que sí tipificaría un delito de peligro concreto (creada con la dictación de la Ley N° 21.240, de 20 de junio de 2020), y a las particularidades del virus SARS-CoV-2 y de la enfermedad COVID-19.

*1. Rol N° 461-2020 de la Corte de Apelaciones
de Puerto Montt*

“Que, la anterior calificación jurídica efectuada por la Sra. Jueza del grado respecto del artículo 318 del Código Penal [...] sostuvo que se estaba en presencia de un delito de peligro abstracto, atendido los argumentos antes transcritos, los que se comparten por esta Corte, conforme que el tipo penal contenido en el artículo 318 del Código Penal es de peligro abstracto, por lo que la infracción de la medida dispuesta por la autoridad sanitaria para el resguardo de la salud pública es suficiente para razonar la conclusión normativa que permite aplicar la sanción dispuesta por el legislador. [...] Que, en cuanto a los delitos de peligro abstracto, es bastante en los que la peligrosidad se infiere por la ley, no siendo preciso constatar el riesgo de la vulneración del bien jurídico tutelado. [...] Sin que su actuar volitivo o querer pueda dividirse en su contexto acerca del segundo de los hechos de la acusación que se discute, esto es, el del artículo 318 del Código Penal que se sustenta en su vigencia y aplicación con la dictación de diversas normas para enfrentar la actual pandemia, cuya política pública, está dirigida a la protección de la población en general, sin que sea menester que quien sea fiscalizado se encuentre infectado o presente signos manifiestos de la enfermedad Covid19, que por lo demás tal diagnóstico no es inmediato, pues se requiere de una serie de exámenes y síntomas que en su contexto dan lugar al diagnóstico, pudiendo tardar varios días [...].

Por lo que, en el presente caso, claramente estamos en presencia de un delito de peligro abstracto, como se viene razonando por cuanto la peligrosidad del hecho se presume por ley, y corresponde a una razón de política criminal adoptada por el legislador ante conductas altamente peligrosas, lo que torna sancionatorio la sola desobediencia formal de la norma, que no exige la acreditación de las conductas sostenidas por la defensa en el presente escrito” (considerando 6°).

2. Rol N° 385-2020 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique

“*Noveno:* Que, conforme el razonamiento anterior, del tipo penal del artículo 318, del Código Punitivo, se observa que es claro y preciso en relación a su objetivo, esto es, asegurar como bien jurídico protegido la salud pública, entendiendo ésta como un bien jurídico colectivo, 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, lo que emana del claro tenor de la regla de sanción, por lo que aparece evidente que se trata de un bien jurídico supraindividual y, de tal manera, no requiere ni exige un peligro concreto y, como lo ha estimado la interpretación mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, que se aviene de mejor manera con su finalidad y objetivo, ‘lo distintivo de los bienes jurídicos colectivos es que su afectación solo aparece posible en el nivel de peligrosidad abstracta’”.

3. Rol N° 451-2020 de la Corte de Apelaciones de Arica

“*Sexto:* Que, se ha discutido en la doctrina y jurisprudencia, si el artículo 318 del Código Penal, por el cual fue condenado el enjuiciado, es de peligro abstracto o de peligro concreto, pero a partir de la dictación de la Ley N° 21.240, de 20 de junio de 2020, la cual crea una nueva figura penal, contemplada en el artículo 318 bis del mismo cuerpo punitivo, se ha ido clarificando que el ilícito del artículo 318 es de peligro abstracto y la del artículo 318 bis es de peligro concreto, todo ello conforme a los verbos rectores empleados en ambas figuras [...]”.

Así la consumación del ilícito por el cual fue condenado el imputado, es de efecto instantáneo, no requiriendo que se haya ocasionado un efectivo y real daño a la salud, bastando en ‘poner en peligro’ el bien jurídico protegido, el cual es de carácter colectivo o supraindividual.

“*Séptimo:* [...] La peligrosidad e idoneidad de esta conducta no se refiere a la situación de que el condenado estaba o no contagiado, como lo hace ver la Defensa, sino la posibilidad de contagiarse y de esta manera contagiar a las demás personas, máxime que en todas las ocasiones sorprendidas por agentes del Ejército, se encontraba junto a otros sujetos, incluso en una de ellas, al interior de un vehículo motorizado. Es sabido que el ser humano es fuente de propagación de este virus, constituyéndose en un importante vector de transmisión, de tal manera que la mera exposición por sí solo constituye un peligro a la salud pública, que se trata de evitar mediante las cuarentenas. De esta manera, al desobedecer las órdenes decretadas por la Autoridad Sanitaria, existe la potencialidad de ser contagiado y a su vez de contagiar, afectando la salud pública, como bien jurídico protegido [...]”.

4. Fallos similares

Rol N° 372-2020 de la Corte de Apelaciones de La Serena; rol N° 685-2020 de la Corte de Apelaciones de Valdivia; rol N° 64-2021 de la Corte de Apelaciones de Concepción; rol N° 1798-2020 de la Corte de Apelaciones de San Miguel; roles N°s. 706-2020, 788-2020 y 1178-2020 de la Corte de Apelaciones de Talca; roles N°s. 268-2020, 689-2020, 759-2020 y 926-2020 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt; y roles N°s. 166-2020, 167-2020, 168-2020, 230-2020, 231-2020, 233-2020, 236-2020, 239-2020, 240-2020, 241-2020, 242-2020, 244-2020, 245-2020, 246-2020, 247-2020, 248-2020, 257-2020, 262-2020, 263-2020, 272-2020, 342-2020, 348-2020 y 352-2020 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

II. EL ART. 318 DEL CÓDIGO PENAL COMO DELITO DE PELIGRO CONCRETO

Los tribunales superiores que han adoptado esta postura han señalado que no resultaría suficiente la mera transgresión de las “reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad” para que la conducta infractora “pusiere en peligro la salud pública”. En otras palabras, la exigencia de la puesta en peligro de la salud pública, señalada expresamente en la disposición legal, constituiría un requisito típico adicional e independiente, cuya existencia no puede presumirse a partir de la mera vulneración de la norma administrativa. Por lo tanto, deben acreditarse circunstancias adicionales que demuestren la existencia de un peligro para la salud pública, independientes del mero injusto administrativo. Se trataría, por ende, de un delito de *peligro concreto*. Algunos tribunales, al momento de desechar la petición persecutora de calificar los hechos indagados como constitutivos del delito del inc. 1° del 318, se han limitado a destacar la ausencia de la mención de tales circunstancias adicionales en las presentaciones del Ministerio Público, que expliquen cómo el imputado aumentó la posibilidad de propagación de la pandemia al desobedecer la norma sanitaria. Otros fallos han ido más allá, afirmando que solo la comisión de la infracción de la regla sanitaria por parte de un sujeto contagiado por el virus SARS-CoV-2 permitiría la producción de un verdadero peligro para la salud pública.

En numerosas ocasiones, estas posturas se han sostenido en la historia de modificaciones de la norma en comento, la que originalmente no exigía en su texto la peligrosidad para la salud pública, y también mediante la referencia a la instrucción general N° 57-2020 del fiscal nacional, instrumento que, antes de su modificación, señalaba que el delito en análisis poseía la naturaleza de un delito de *peligro concreto*.

Por lo general, los fallos que se inclinan por la posición del peligro concreto suelen no tomar en cuenta la existencia de la categoría intermedia del delito de

aptitud o idoneidad, por lo que sus análisis se suelen limitar al descarte de la categoría de peligro abstracto¹.

1. N° Rol 1508-2020 de la Corte de Apelaciones de Rancagua

“7°) Que, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia no ha sido homogénea en cuanto a categorizar el delito previsto en el artículo 318 del Código Penal, desde que algunos han considerado que dicha figura típica constituye un delito de peligro abstracto, por lo que el riesgo es presumido por la ley penal y, otros estiman que se trata de un delito de peligro concreto, lo que implica que se debe constatar por el juez en cada caso, si dicha peligrosidad existió en base a circunstancias de hecho determinadas.

8°) Que, desde la modificación del mencionado tipo penal en el año 1969 por la Ley N° 17.155, no parece haber dudas que aquel es un delito de peligro concreto. En efecto, antes de la promulgación de la referida ley la figura en cuestión sancionaba al que ‘infringiere las reglas higiénicas o la salubridad acordadas por la autoridad en un tiempo de epidemia o contagio’, es decir, solo bastaba infringir las reglas de higiene y salubridad para consumar el delito (delito de peligro abstracto). Sin embargo, la Ley N° 17.155 modificó aquella redacción, agregando la frase ‘se pusiere en peligro la salud pública’, no bastando ahora la sola infracción antes mencionada, sino que además, se debe poner en peligro la salud pública, es decir, un guiño al peligro concreto”.

2. Rol N° 994-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción

“Noveno: Que el artículo 318 del Código Penal, a juicio de esta Corte, establece un delito de peligro concreto, en palabras de Politoff, Matus y Acuña, entendido como ‘aquellos que requieren de una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (ex post) que existió un curso probable que conducía al resultado temido’

¹ Este tipo de fallos ha sido una respuesta común de la judicatura a la escueta enunciación y explicación de antecedentes que suele contenerse en los requerimientos formulados por el Ministerio Público en procedimientos monitorios y que, en esta materia, han solido carecer de toda referencia fáctica a la peligrosidad sanitaria de la conducta. Sin embargo, dado que estas resoluciones judiciales establecen como fundamento de su razonamiento la insuficiencia general de antecedentes, no suelen pronunciarse exhaustiva o perentoriamente sobre cuáles circunstancias necesariamente deberían verificarse para que pueda configurarse el delito del art. 318. Por lo tanto, no puede desecharse la posibilidad de que, enfrentados a una mejor exposición de circunstancias, pudieran tener visiones más cercanas a la posición intermedia que matiza al inciso primero del art. 318 como un delito de *idoneidad o aptitud*.

[...] lo que se extrae de la expresión ‘el que pusiere en peligro la salud pública’, y que se interpreta en el sentido que el tipo penal exige una actividad que tiene como resultado la amenaza efectiva del bien jurídico citado [...].

Undécimo: Que en este entendido, la norma requiere no sólo la infracción de las reglas dictadas por la autoridad, sino también que dicha infracción ponga en peligro la salud pública. Si no se ha acreditado que los acusados hayan sido portadores del virus pandémico, infectados o infestados a la fecha de acaecimiento del hecho que fue motivo de su detención, no es posible sancionarlos por la norma invocada por el Ministerio Público, ni siquiera por las modificaciones de la Ley N° 21.240 de 20 de junio de 2020”.

3. Rol N° 266-2021 de la Corte de Apelaciones de Talca

“*Sexto:* Que, lleva la razón la recurrente al afirmar que se está frente a un error de derecho, pues los hechos no permiten ser subsumidos en el tipo contemplado en el artículo 318 del Código Penal, toda vez que no se dan los presupuestos que dicha figura exige.

En efecto, el bien jurídico protegido es la salud pública y se entiende como un delito de peligro concreto, es decir, para su configuración se requiere que el sujeto activo, al incumplir las disposiciones de higiene y salubridad, haya puesto en peligro la salud. Por tanto, debería tratarse de una persona que se encuentre contagiada, de manera que se esté frente a un riesgo cierto para el bien jurídico amparado. Cuestión que no se acreditó”.

4. Fallos similares

Roles N°s. 673-2020, 1069-2020 y 1112-2021 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt; rol N° 115-2021 de la Corte de Apelaciones de Temuco; roles N°s. 958-2020, 1000-2020, 1130-2020, 1143-2020, 1161-2020, 1215-2020, 1216-2020, 1220-2020 y 1256-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción; rol N° 4500-2019 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

III. EL ART. 318 DEL CP COMO UN DELITO DE IDONEIDAD O DE PELIGRO ABSTRACTO-CONCRETO

Otras cortes, en cambio, se han inclinado por una tercera opción, que considera que la naturaleza del peligro propio de la figura objeto de análisis corresponde a la de un peligro *abstracto-concreto*, de *peligro hipotético*, de *aptitud* o de *idoneidad*,

según sus distintas denominaciones. Tal como en la visión anterior, estiman que para la constatación de la realización típica no basta la mera infracción de las reglas administrativa de higiene o salubridad. Pero respecto del nivel de peligro que se debe configurar, estiman que no es necesario que se acredite una puesta en peligro efectiva de la salud pública, sino que basta con que se demuestre que la conducta realizada haya sido *idónea* para generar ese peligro. Estos fallos han solido citar fuentes doctrinales contemporáneas a la pandemia para sustentar sus conclusiones, como las tesis interpretativas planteadas por el profesor Fernando Londoño y el profesor y magistrado Guillermo Rodríguez².

Sin perjuicio de tratarse de una posición teóricamente intermedia, algunos fallos que parecieran compartirla han arribado a conclusiones prácticas similares a las de las resoluciones que afirman seguir la teoría del delito de *peligro concreto*, aseverando que solo sujetos enfermos de COVID-19 podrían realizar conductas *idóneas* para poner en riesgo a la salud pública³.

Sin embargo, la tesis ha adquirido especial relevancia al ser recogida por la Corte Suprema, la que, aunque ha manifestado suscribir la categoría de delito de *aptitud*, sí se ha distanciado de las interpretaciones anteriores en su concreción y aplicación, al reconocer expresamente que no es necesario que el autor del delito esté contagiado o enfermo de COVID para que el ilícito exista. Por lo tanto, si bien ha acogido recursos de nulidad en los que se ha denunciado la sanción penal de meros incumplimientos al “toque de queda”, ha rechazado un recurso de nulidad en que el imputado, no estando contagiado, se ha puesto en estrecho contacto con terceros desconocidos, infringiendo normas administrativas⁴.

² LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, “Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena. Revisión crítica de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (nueva Ley N° 21.240): más micro que macro...”, en *Criminal Justice Network* (2020), página web <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/responsabilidad-penal-para-los-infractores-de-la-cuarentena-revision-critica-de-los-arts-318-y-318-bis-del-codigo-penal-nueva-ley-no-21240-mas-micro-que-macro> (consultado el 6.12.21). RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Guillermo. “Alcances del artículo 318 del Código Penal”, en *Revista de la Justicia Penal*, núm. 14 (2020), pp. 69-86.

³ Dado que la posición no es antojadiza (de hecho, es la que defiende el profesor Londoño), a los fallos que desarrollan los fundamentos de dicha perspectiva y parecieran recoger sus argumentos para fundar su decisión, para efectos de este compilado los hemos considerado dentro de la categoría de los que identifican un delito de *aptitud/idoneidad* en el primer inciso del art. 318, aun cuando no lo manifiesten expresamente y aunque sus conclusiones sean similares a las de los adscritos a la visión del *peligro concreto*.

⁴ En rigor, el fallo aludido (rol N° 34664-2021 de la Corte Suprema) fue pronunciado en un período posterior al de las demás resoluciones de esta compilación. Sin embargo, ya que resulta excepcional que se recurra a la categoría del peligro hipotético para fundar una decisión que *perjudica* al imputado, dada su trascendencia, se prefirió incorporarlo de todos modos.

1. Rol N° 423-2020 de la Corte de Apelaciones de Iquique

“*Séptimo:* Para arribar a la decisión entonces, considerando lo señalado por los autores, respecto de que el artículo 318 del Código Penal no contiene un elemento objetivo de peligrosidad estadística, como sí 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 llevaría al intérprete a pensar en una alternativa que le confiera peligrosidad, pues de otro modo el delito se tornaría puramente formal, anulándose el sentido práctico-operativo de la fórmula ‘peligro para la salud pública’, ha de entenderse que 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 debe exigirse que efectivamente la desobediencia ponga en peligro la salud pública.

Octavo: Por ello, pretender sancionar a quien solamente no cumpla con las reglas higiénicas o de salubridad, como en la especie ocurre, y sin que conste que la infracción fuera de la entidad establecida por el legislador para asumir que pondría en riesgo la salud pública, sumado a que los controlados no están contagiados ni se verificó esa circunstancia, el planteamiento del persecutor fiscal excede el contenido de la norma jurídica, resultando adecuado en la presente causa encuadrar el artículo 318 del Código Penal en lo que se conoce como delito de idoneidad o de peligro abstracto-concreto, justamente porque el bien jurídico protegido es la salud pública, cuya afectación debe ser entendida en relación a la salud individual de un número indeterminadamente elevado y profuso de personas”.

2. Rol N° 1384-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción

“*Tercero:* Que, sin perjuicio de las clasificaciones tradicionales que la doctrina esgrime para los delitos de peligro, esta Corte considera que para tener por concurrente el ilícito del artículo 318 del Código Penal es necesario que se justifique un hecho que tenga la aptitud necesaria para poner en riesgo la salud pública, tal como lo exige el verbo rector, ‘poner en peligro la salud pública’, por cuanto el tipo penal no puede verse satisfecho con la sola infracción de una norma sanitaria, como lo pretende el Ministerio Público [...]”.

Quinto: Que el profesor Fernando Londoño Martínez [...] ha señalado que ‘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’.

Por su parte el profesor Guillermo Rodríguez González [...] sostiene que ‘De lo que trata es de sancionar la ejecución de una conducta, que en el caso concreto

suponía para el actor, y para cualquiera en su lugar, una puesta en peligro para el bien jurídico, ya sea analizada la conducta de manera individual o la reiteración de la misma, con independencia del resultado que derive de un juicio *ex post* y aun cuando se acredite que este no concurría (...) No es solo la contravención a la norma, es la conducta en concreto como idónea para poner en riesgo la salud pública en ese momento determinado’.

Sexto: Que es un hecho no controvertido por los intervinientes que el día de los hechos, los imputados, no se encontraban contagiados por COVID 19 o sometidos a aislamiento o cuarentena preventiva por ser portadores o contactos cercanos de personas con dicha enfermedad y ningún antecedente permite concluir que su comportamiento hubiere puesto en riesgo la salud pública, máxime cuando se encontraban dentro de un vehículo motorizado; en consecuencia, no concurre el tipo penal del artículo 318 del Código Penal que ha sido motivo del requerimiento en juicio simplificado”.

3. Fallos similares a los anteriores

Roles N°s. 341-2020, 367-2020 y 395-2020 de la Corte de Apelaciones de Iquique; rol N° 455-2020 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique; roles N°s. 1001-2020, 1003-2020, 1057-2020, 1062-2020, 1132-2020, 1179-2020, 1180-2020, 1232-2020, 1255-2020, 1385-2020, 84-2021 y 106-2021 de la Corte de Apelaciones de Concepción; y roles N°s. 118-2021, 789-2020 y 958-2020 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

4. Rol N° 125436-2020 de la Corte Suprema

“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” (considerando 6°).

“[...] 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. [...] 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” (considerando 11°).

“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”.

5. Rol N° 34664-2021 de la Corte Suprema

“*Quinto:* Que, conforme se viene analizando, el artículo 318 no sanciona penalmente cualquier infracción de una norma sanitaria, lo que conlleva a descartar que la sola contravención del uso de la mascarilla resulte típicamente relevante, pero, al mismo tiempo, a rechazar la exigencia de que el potencial autor del delito sea portador del virus.

Se deben dar, entonces, dos supuestos: que el no uso de mascarilla se encuentre sancionado para el caso concreto y que en ese caso, exista la aptitud de afectar la salud del infractor o de la víctima [...].

“*Sexto:* Que en el caso concreto, sí existió una infracción a la regla sanitaria, pues el imputado, quien no hacía uso de una mascarilla, ingresó a una vivienda, sin ser integrante de esa familia, en la que habían dos personas, teniendo con ellas contacto estrecho, al mantener un forcejeo y ser detenido por una ellas.

En consecuencia, el carácter abstracto de la aptitud lesiva se funda en que alguna de las personas que estaban en el domicilio que es un espacio cerrado,

fuera portadora de la enfermedad, por lo que el imputado, al no usar mascarilla, pudo infectar a las víctimas o estar expuesto a ser infectado por ellas.

Respecto de esto último, según las disposiciones del Minsal (Resolución Exenta N° 591, de 23 de julio de 2020, vigente a la época de ocurrencia del caso que nos ocupa), para considerarse caso estrecho de contacto, en un espacio cerrado, era necesario haberlo compartido por dos horas o más, sin mascarilla, en tanto que en un caso de contacto cara a cara, como sería el de estos hechos, en que hubo un forcejeo, habría sido necesario que éste durara al menos quince minutos, sin el uso de mascarilla.

Séptimo: Que, al respecto, según los hechos asentados por el tribunal, el imputado fue capturado y retenido por el propietario, hasta que fue puesto a disposición del personal policial, tiempo en el cual permaneció sin mascarilla, por lo que incurrió en el tipo que el citado artículo 318 sanciona, al haberse acreditado la exigencia de la infracción de la norma sanitaria, así como la conducta del imputado, al no usar mascarilla, y el contacto estrecho provocado con la víctima, quien forcejeo con el acusado y lo detuvo, lo que pudo provocar el contagio de la enfermedad”.

6. Fallos similares

Roles N°s. 131966-2020 y 149239-2020 de la Corte Suprema; rol N° 210-2021 de la Corte de Apelaciones de Temuco; y rol N° 494-2021 de la Corte de Apelaciones de Concepción.