

OBSERVACIONES A PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley enviado con el oficio 417 de la Cámara de Diputados, introduce diversas modificaciones a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

I

Las modificaciones al Código de Procedimiento Penal señaladas en los números 1 a 4 del proyecto aprobado no nos merecen mayores observaciones. Tienden a simplificar el trámite llamado por la ley de acreditar "preexistencia" por parte del legítimo dueño de las especies hurtadas, robadas o estafadas.

II

La modificación que viene señalada con el número 5 nos merece sí graves reparos. Agrega tres incisos al texto del art. 156 del Código de Procedimiento Penal.

El texto en actual vigencia se refiere a la entrada y registro en lugar cerrado, público o particular, y establece que dicha diligencia de investigación sólo puede ser realizada por **decreto judicial** "cuando hubiere indicio de encontrarse allí el inculpado o procesado" o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para descubrir un delito o comprobarlo.

A continuación, el texto señala que el registro debe hacerse entre las siete y las veintiuna horas, pero agrega que puede llevarse a cabo fuera de dichas horas en ciertos locales, **o en los casos de delito flagrante, o cuando urja practicar la diligencia**. En estos últimos casos, agrega el precepto actual, **el decreto deberá ser fundado**.

Como se advierte, al legislador no se le ha escapado la

posibilidad de que haya de practicarse el registro en casos de delito flagrante u otros en que exista urgencia en realizar la diligencia, pero no ha querido exceptuar estos casos de la exigencia de **decreto judicial** para llevarla a cabo lícitamente.

El proyecto aprobado tiende a cambiar este criterio y permitir que funcionarios de Carabineros y de Investigaciones puedan, cuando se trate de delito flagrante, y hubiere (el texto aprobado dice incorrectamente "hubieren") fundadas sospechas de que responsables del delito se encuentren en un determinado recinto cerrado, practicar el registro de lugar cerrado en forma inmediata **y sin previa orden judicial**.

La buena intención de los autores del proyecto en cuanto a evitar los evidentes abusos a que se presta esta facultad, se advierte en los preceptos que ordenan al funcionario que realice el registro identificarse; otorgar al propietario o encargado del local un certificado que acredite el hecho del registro y la individualización de los funcionarios que lo practicaron y de quien lo ordenó, copia del cual debe adjuntarse al parte policial respectivo, que debe enviarse al tribunal competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes de efectuada la diligencia; en fin, se advierte al funcionario que practique el registro que debe cuidar de que éste se realice "causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes del recinto", y termina creando un nuevo delito consistente en infringir "las obligaciones establecidas en este artículo".

En nuestra opinión, la facultad que en este precepto se concede es gravemente atentatoria contra la garantía contemplada en el art. 19 N° 5° de la Constitución, según el cual: "19. La Constitución asegura a todas las personas:5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

La consagración de esta garantía responde al progresivo

perfeccionamiento de la protección jurídica de la **libertad**. Así, se ha llegado a estimar que para considerarse verdaderamente libre en el desarrollo de su personalidad y actividades, la persona debe contar con la garantía de que se respete lo que se llama su **esfera de intimidad**, representada materialmente por su hogar o domicilio y espiritualmente por sus comunicaciones privadas, escritas o no. A esta idea responden las garantías llamadas **inviolabilidades**: del domicilio y de la correspondencia (actualmente, de las **comunicaciones** en general).

En consonancia con este criterio, la legislación penal sanciona como delito la intromisión en casa extraña sin el permiso o autorización de su morador, sea que lo cometa un particular (delito de **violación de domicilio**), sea que lo cometa un funcionario público invocando su carácter de tal (delito de **allanamiento irregular**).

Por desgracia, la protección de esta garantía era ya muy débil en el texto constitucional de 1925 y lo es aún más en la Constitución de 1980. En aquella se decía:

"Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

"... 12º La inviolabilidad del hogar.

"La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente".

Puede advertirse que no se señalaba que esta "autoridad competente" debiera ser un juez, y no se ponía limitación alguna al legislador para crear "motivos especiales" que justificaran un allanamiento. Además, la protección constitucional aparecía dada al **hogar** de los habitantes de la República, término siempre asociado a la residencia doméstica, morada o domicilio, aparentemente negando protección a las oficinas o lugares de trabajo, esparcimiento, etc. No obstante, el texto de la propia ley al crear el

delito llamado de "violación de domicilio", y la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, siempre entendieron la garantía como extendida también a esta última clase de lugares.

En cuanto al texto de la actual Constitución, que hemos transcrito más arriba, es todavía más vago, pues aparte de repetir el término "hogar" dispone que éste sólo puede allanarse "en los casos y formas determinados por la ley", lo que priva a la garantía de todo contenido específico y concreto, pues el legislador no tiene límite para establecer "casos y formas" en que pueda efectuarse un allanamiento.

Una real protección de esta inviolabilidad habría exigido un texto constitucional que se refiriera al allanamiento "por los funcionarios que la ley señale, en los casos y formas que la ley determine, y en virtud de orden de tribunal competente". Así se habría reservado constitucionalmente al Poder Judicial la facultad de ordenar allanamientos y se habría obligado a que fueran las leyes las que determinaran los casos en que procede un allanamiento y quiénes pueden llevarlo a cabo; no sólo quienes pueden decretarlo.

La deficiencia de la protección constitucional radica, pues, en que su referencia tan amplia y vaga a "los casos y formas determinados por la ley" permite que, respetando el tenor literal de la Constitución, autorice allanamientos en casos en que el interés público no lo exige, y faculte para decretarlo o efectuarlo a cualquier funcionario administrativo o policial. Precisamente a ello tiende la disposición que criticamos, contenida en el proyecto de ley aprobado. Hay que entender que el sentido de las garantías constitucionales es proteger a los ciudadanos contra los posibles abusos de la autoridad, e incluso contra las extralimitaciones de los propios legisladores. Pero si se admite la amplísima facultad de la ley para establecer "casos y formas" de allanamiento (autoridades que pueden decretarlo, funcionarios que pueden llevarlo a cabo, motivos que lo justifican, modalidades específicas para practicarlo) la garantía **deja de ser constitucional, para transformarse en una simple garantía**

legal, y el texto respectivo de la Constitución queda desprovisto de toda función protectora de la persona: podría suprimirse sin más y nada cambiaría.

No obstante las anotadas deficiencias de los sucesivos textos constitucionales, la tradición legal chilena siempre exigió **que el allanamiento del domicilio de una persona fuera siempre decretado por la autoridad judicial**. Así se ha establecido siempre en el Código de Procedimiento Penal, hasta el momento presente. La modificación que propone el proyecto pondría término a una larga e ininterrumpida tradición legal chilena que confía a la ley por una parte y a los jueces por la otra, la facultad de ordenar el sacrificio ocasional y temporal de una garantía constitucional en aras del interés público representado por la investigación y represión del delito.

Esta sola circunstancia debería hacer meditar muy cuidadosamente acerca de si se justifica verdaderamente el entregar la inviolabilidad del hogar al criterio de un simple agente de policía, a cuyo criterio exclusivo quedará entregada la determinación de si concurren o no los motivos no bien delimitados que justificarían esta especie particular de allanamiento, la decisión de llevarlo a cabo, y la ejecución del mismo, con restricciones que tampoco están nítidamente trazadas en el texto que el proyecto propone y que resultan facilísimas de burlar.

Esto es particularmente cierto en un caso como el contemplado en el proyecto, pues, según hemos hecho observar, hasta ahora la ley se ha puesto específicamente en el caso de que exista urgencia en practicar el allanamiento **por tratarse de delito flagrante** o por otra causal, y sin embargo, no ha eximido estos casos de la indispensable orden **judicial**. Todavía más: en el caso del allanamiento de urgencia, fuera de las horas normales, no sólo se exige siempre la orden judicial, sino que además se obliga a que en ésta se **justifique la urgencia**, exponiendo sus fundamentos.

El proyecto no se propone, por lo tanto, suplir algún vacío de la ley actual, o reglamentar una situación que el legislador no tuvo antes en consideración, sino que se propone **cambiar un criterio claramente manifestado sobre un punto específico**, en un sentido que significa un debilitamiento de la garantía constitucional.

Cabe preguntarse entonces cuál es la medida en que la garantía constitucional se debilita, y si los motivos que inspiraron en esta parte el proyecto justifican tal circunstancia, desde el punto de vista de un necesario equilibrio entre el respeto de las garantías individuales y la necesidad social de combatir el delito.

Respecto de la forma en que el proyecto establece el "allanamiento policial", tenemos los siguientes reparos:

(1) Este derecho se concede para los casos de **delito flagrante**. Hay que relacionar esto con el art. 263 del C. de Procedimiento Penal, para el cual se reputa delincuente flagrante, no sólo al que está actualmente cometiendo un delito, que es el concepto gramatical de la expresión, y lo que se entiende por ella en el uso general de las personas, sino también a cuatro casos más, cada vez más alejados del concepto de actual comisión: también son "delincuentes flagrantes" los que "acaban de cometer un delito"; los que cuando acaba de cometerse un delito huyen del lugar, y son designados por el ofendido "u otra persona" como autor o cómplice; los que "en un tiempo **inmediato**" (que no se precisa) a la perpetración del delito **fueren encontrados** con objetos procedentes del delito o señales en sí mismos o en sus vestidos **que induzcan a sospechar** su participación en él, o con las armas o instrumentos que se emplearon para cometerlo, y los que personas asaltadas o heridas, o víctimas de un robo o de un hurto, que reclaman auxilio, **señalen como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse**. Las expresiones "acaba de cometerse" y "en un tiempo inmediato a la perpetración" son susceptibles de apreciación muy diversa respecto de su duración en cada caso, y será ahora el funcionario policial el único juez

para decidir si se está o no en situación de delito flagrante, y por lo tanto si concurre el único fundamento objetivo del allanamiento extraordinario sin orden. Precisamente por la naturaleza de la disposición aprobada, parece evidente que ella no entrará a aplicarse en los casos de los números 1º y 4º del art. 263 (el que está cometiendo un delito o el que "es encontrado" con efectos del mismo), sino en los casos restantes, en que el presunto delincuente ha huído y aparentemente se ha refugiado en la casa que se trata de allanar;

(2) Agrega la disposición que deben existir **fundadas sospechas** de que responsables del delito se encuentren en un determinado recinto. Obsérvese que la exigencia ha sido rebajada en relación con las atribuciones que tiene el propio juez. En efecto, conforme al art. 156 éste puede decretar un allanamiento cuando hubiere **indicio** de encontrarse allí el inculcado o procesado. Conforme a los arts. 110, inciso primero y 486 del C. de Procedimiento Penal, "indicio" es sinónimo de "presunción judicial". Eso exige mayores antecedentes de responsabilidad penal que las meras "sospechas". Así queda en evidencia comparando las exigencias que deben reunirse para la **detención** y para el **auto de procesamiento** (o de reo). Para que el juez ordene una detención, basta con que existan "fundadas sospechas" de responsabilidad (arts. 252 y 255 N° 1º del C. de P. Penal); en cambio, para dictar auto de procesamiento es preciso que respecto de este último punto concurren "presunciones fundadas" de participación culpable. Las "sospechas", por lo tanto, son menos que las "presunciones judiciales o indicios". Para que el juez pueda decretar un allanamiento (art. 156 actual del mismo Código) la ley le exige que concurren "indicios" de la presencia de una persona en un recinto. Para que un simple agente de policía pueda hacer lo mismo sin decreto, el proyecto sólo le exige que haya "sospechas" de lo mismo. (El adjetivo "fundadas", que se exige por el proyecto no agrega nada que pueda ser objetivamente comprobable de modo de constituir una cortapisa a la acción policial).

(3) El hecho respecto del cual deben concurrir "fundadas sospechas" según el proyecto, es la presencia en un determinado recinto de "responsables del delito". También esto ensancha considerablemente las atribuciones del agente de policía respecto de las que tiene el juez. En efecto, conforme al actual texto del art. 156, éste puede decretar un allanamiento cuando haya indicios de encontrarse en un recinto **el inculpado o procesado**. Según el proyecto, si bien es preciso que se trate de un delito flagrante, el objetivo de detener no se limita al delincuente flagrante, según éste aparece definido o caracterizado en el art. 263 del C. de P. Penal donde el concepto se limita al autor o cómplice que ha tomado parte (como ejecutor o cooperador) material y directamente en el delito. En cambio, la expresión **responsables de un delito**, que emplea el proyecto aprobado, conforme al art. 14 del Código Penal, comprende a los autores, cómplices y encubridores, y de acuerdo con los arts. 15, 16 y 17 del mismo, dentro de estas categorías de partícipes hay varios que no han tomado parte materialmente en la ejecución del delito (instigadores, concertados que facilitan medios de comisión, cómplices por auxilio, encubridores). El proyecto aprobado, para el caso de delito flagrante, autoriza el allanamiento sin orden no sólo para aprehender al delincuente flagrante mismo, sino también, por ejemplo, al que fue instigador del delito o facilitó la fuga al culpable (aunque este último ya haya huído). Todo eso exige de parte del agente de policía determinadas calificaciones jurídicas que son delicadas y a veces difíciles incluso para el propio juez, y por añadidura, tales calificaciones deben hacerse sobre la marcha en una situación de urgencia y de riesgo.

(4) La circunstancia que torna el proyecto más peligroso, sin embargo, es el hecho evidente de que la apreciación de si existen o no sospechas, si ellas son o no fundadas, si el delito de que se trata se encuentra todavía en su etapa de flagrancia, si el individuo cuya detención se busca ha tenido o no una participación culpable y cual sea ella, **queda por entero entregada al criterio del agente de policía en el momento**. Como se trata de apreciaciones tan subjetivas y no

mensurables objetivamente, fácil será justificar un allanamiento arbitrario dando como explicación un "me pareció", "creí que", "existían apariencias" u otras semejantes imposibles de refutar. En los casos dudosos, por lo tanto, el agente no vacilará en allanar, y su propio error o precipitación le servirán de excusa.

(5) Las exigencias de que el funcionario deba identificarse y otorgar un certificado, y de que obre causando "el menor daño" y "las menores molestias posibles" a los ocupantes del recinto, son ilusorias. El funcionario podrá no identificarse, o dar una identificación falsa, u omitir la entrega del certificado, e incluso no dejar testimonio alguno ni dar parte de la realización de la diligencia, y será imposible para el ocupante del recinto, tanto exigir en el momento que se cumplan tales formalidades, como acreditar posteriormente que ellas no se cumplieron. Ya el actual art. 164 del actual texto establece exigencias semejantes, que en la práctica no se cumplen jamás: es bien sabido que los allanamientos se verifican de la manera que resulte más intimidatoria posible para los ocupantes de un recinto. Para qué agregar la forma en que se realizaban los "allanamientos masivos" en las poblaciones durante el régimen anterior, en plena vigencia de las reglas legales que ordenaban "no molestar ni perjudicar al interesado más de lo estrictamente necesario".

(6) La creación de un delito especial para quienes practiquen esta clase de allanamientos sin las formalidades exigidas en el nuevo texto, es innecesaria frente al actual art. 155 del C. Penal, que sanciona al "empleado público (expresión que comprende todo servidor público, incluidos los policías) que abusando de su oficio allanare un templo o la casa de cualquier persona, a no ser en la forma y casos que prescriben las leyes" con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o con la suspensión en cualquiera de sus grados. La conducta que se pretende castigar a través del nuevo texto ya está castigada, y con una pena privativa de libertad idéntica, en el referido art. 155 del C. Penal.

(7) Debe todavía observarse que el traslado de atribuciones

que el proyecto propone no es siquiera un traslado de carácter institucional, esto es, del Poder Judicial al Cuerpo de Carabineros o a la Policía de Investigaciones, sino directamente a cualquiera de los miembros de estas instituciones, por baja que sea su jerarquía. Pudo el proyecto, en beneficio de una supuesta mayor expedición, facultar a los cuerpos policiales para esta clase de allanamientos, pero exigir en tal caso una orden también escrita, emanada de alguna autoridad de elevada jerarquía en dichos cuerpos. De este modo, sería imposible ocultar la existencia del allanamiento, y un funcionario de jerarquía se haría responsable de haber apreciado el fundamento de las sospechas, la flagrancia del delito, etc.

(8) Finalmente, señalaremos que si bien la redacción de la garantía constitucional relativa a la inviolabilidad del hogar es pobre, ya que prácticamente la reduce a una simple garantía legal, no es menos cierto que el N° 26 del art. 19 de la misma Constitución previene que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías constitucionales o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Si se toma en cuenta que el sentido de las garantías constitucionales es proteger al ciudadano contra abusos de la autoridad o incluso excesos del legislador, la modificación legal que ha sido aprobada en el proyecto que comentamos priva de toda sustancia conceptual a la garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar.

Desde otro punto de vista, estimamos que el plausible deseo del legislador en el sentido de dotar de mayor eficacia a la función represiva de la policía en su combate contra la delincuencia, pudo lograrse prácticamente en idéntica medida sin sacrificar la inviolabilidad del hogar, estableciendo una regla semejante a las que ya contempla la ley en los arts. 162 y 285 del C. de P. Penal.

Conforme al primero de ellos, "desde el momento en que el juez decreta la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado

adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del inculpado o reo o la sustracción de instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hubieren de ser objeto del registro". De acuerdo con el segundo, si el juez que expide una orden de detención sabe que la persona a quien afecta se encuentra gravemente enferma, en términos que no pueda trasladársela a la cárcel sin peligro, junto con ordenar la detención "adoptará las medidas que estime convenientes para evitar la fuga", y el inciso segundo agrega que "si la enfermedad no fuere conocida del juez, el encargado de cumplir la orden no la llevará a efecto hasta darle parte, pero tomará entretanto las precauciones convenientes para impedir la fuga del que debe ser capturado".

En nuestra opinión, habría sido suficiente una modificación legal, si es que realmente se la estimaba necesaria, conforme a la cual, en los casos de delito flagrante, y en caso de existir fundados indicios de encontrarse alguno de los delincuentes en un determinado recinto cerrado, los funcionarios de Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones adoptarán las medidas de vigilancia y otras que fueren necesarias para evitar la fuga y darán parte inmediatamente a la autoridad judicial a fin de obtener de ésta las órdenes de detención y de entrada y registro de lugar cerrado que fueren procedentes. Obtenidas dichas órdenes, la policía procederá a cumplirlas con las formalidades legales correspondientes. Si, entretanto, el sospechoso abandona el recinto, la policía tendrá la facultad de detenerlo que los preceptos en actual vigencia le otorgan (incluso a cualquier ciudadano) para la aprehensión de un delincuente flagrante.

Debe tomarse nota de que la situación que el proyecto de ley pretende regular, y respecto de las cuales se han formulado las observaciones precedentes, no se refiere al caso en que los delincuentes refugiados en un recinto determinado desarrollen conductas de agresión (v.g., con disparos o en otra forma) contra las fuerzas policiales perseguidoras que se encuentren en el exterior, ni tampoco a los casos en

que los delincuentes se hayan refugiado en la casa de terceros inocentes a los cuales amenacen, ataquen o maltraten, y esto sea manifiesto para las fuerzas policiales. La situación que allí se presenta es muy distinta, ya que entonces se trataría de un caso regulado por las normas de la legítima defensa propia o de terceros, o del especial estado de necesidad que contempla el Código Penal en el art. 145 en relación con delito de violación de domicilio, donde exime de las penas correspondientes a dicha infracción "al que entra en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia". Son cosas distintas la simple entrada en morada ajena, autorizada para todo el mundo en los casos señalados, y el allanamiento de morada, hecho por la autoridad invocando su calidad de tal y con un fin público ligado a la administración de justicia.

III

La modificación que se propone para el art. 172 tiene el alcance que a continuación se explica. En la actualidad, los art. 172 y 173 facultan al juez para encargar a la fuerza pública la aprehensión de una persona, facultando a aquella para entrar en edificio o lugar cerrado. Cuando la entrada y registro tienen otro objeto, particularmente registrar papeles e incautar éstos u otros objetos necesarios para la investigación, o bien efectos u objetos del delito, puede encargar esa diligencia al secretario, acompañado de la fuerza pública. Pero en tal caso el examen de los papeles objeto del registro o incautación sólo pueden ser efectuado por el juez, a menos que haya facultado expresamente para ello al secretario comisionado.

El proyecto aprobado agrega el art. 172 un inciso en virtud del cual "en casos calificados" (por razones que no se especifican) el juez puede encargar la diligencia de entrada, registro e incautación directamente a Carabineros o Investigaciones, sin intervención del secretario del tribunal. Se mantiene, sí, la regla de que los papeles incautados sólo pueden ser examinados por la policía para fines de

identificación, pero su examen queda reservado al juez.

A la inviolabilidad del hogar, fundamentalmente afectada en el caso de la modificación anterior, se agrega aquí la inviolabilidad de las comunicaciones. La garantía constitucional respectiva está otorgada en la misma forma, con los mismos términos, y en una misma disposición a ambas garantías, de modo que lo comentado al respecto más arriba vale también aquí.

Es verdad que en este caso se exige un decreto judicial expreso, y con determinadas especificaciones respecto del objeto y límites de la diligencia ordenada, lo que garantiza más efectivamente los derechos del afectado. Pero también es cierto que por la ausencia del juez y del secretario, sólo queda entregada en la práctica a la delicadeza de conciencia del funcionario policial al abstenerse de examinar en detalle los papales que incauta o no examinar o incautar aquellos que estén específicamente comprendidos en la orden judicial, y otorgar en todos los casos un recibo completo y fiel. A nuestro juicio, sería preferible ampliar la facultad del juez para encargar la diligencia a otro u otros funcionarios del tribunal respectivo, aparte del secretario, que cumpliera la diligencia y al cual la fuerza pública sólo auxiliara, pero no prescindir enteramente de la presencia judicial en la diligencia, que esencialmente compete a esta última.

IV

La modificación propuesta al art. 189 del C. de P. Penal, con el propósito también loable de proteger a los testigos de un delito y ponerlos a salvo de amenazas o ataques, revive uno de los rasgos más reprobables del procedimiento inquisitorial, a saber, la ignorancia por parte del inculpado o procesado de la identidad de las personas que testimonian contra él. Es verdad que la disposición aprobada limita esta reserva a un tiempo igual al del secreto del sumario, pero como este último puede en la práctica tener entre nosotros una duración indefinida o muy prolongada, el

inculpado o procesado se verá privado su derecho para demostrar que el testigo que lo acusa testimonia falsamente o tiene con él odio, resentimiento o enemistad, o no es digno de crédito por sus malos antecedentes, o ha sido amenazado o sobornado para prestar testimonio, lo que se traduciría en una prolongación inútil del sumario.

Nos parece que sin admitirse el secreto de la identidad del testigo, su amparo podría lograrse manteniendo una disposición semejante a la contenida en el último de los incisos que el proyecto agrega al art. 189: "...El juez, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal disponga y podrán ser renovadas cuantas veces fueren necesarias".

V

Modificaciones al Código Penal

1.- Modificación al art. 17.

Propone el proyecto castigar como encubridor de un crimen o simple delito a todo aquel que "albergue, oculte o proporcione la fuga al culpable" de cualquier crimen o simple delito.

En el texto actual, esa conducta es punible sólo respecto del funcionario público que abusa de sus funciones (precisamente aquellos que tienen por misión administrar justicia o cooperar con ella). Para las demás personas, es punible sólo cuando el culpable lo es de determinados delitos muy graves y el encubridor lo sabe, o cuando la persona auxiliada sea conocida como delincuente habitual.

La ley se hace cargo aquí de sentimientos, a los que considera respetables, de amistad, compasión o solidaridad, que mueven al encubridor a ayudar al autor de un delito mediante una conducta que de ordinario no ocasiona para aquél ventajas, sino inconvenientes o riesgos. La punibilidad se mantiene sólo para el encubrimiento de unos

pocos delitos, de los más graves y contrarios a la humanidad o la solidaridad social: traición, parricidio, homicidio calificado o agravado. En otro caso, el encubridor es castigado cuando abusa de sus funciones públicas o el encubierto es conocido como delincuente habitual.

Es dudosa la conveniencia social de la modificación propuesta, que acarreará responsabilidad penal para quien ayude a ponerse en salvo a personas con quienes lo liga un fuerte sentimiento de amistad, identidad de ideales o lazos afectivos que no están formalizados en matrimonio. Como la modificación propuesta no conserva distinción alguna, comprendería incluso el caso de quien alberga, oculta o facilita la fuga al culpable de un delito político que no llegue a ser constitutivo de traición a la patria ni homicidio.

La crítica que formulamos se refuerza si consideramos que entre nosotros el encubrimiento no es, como en la mayor parte de las legislaciones mundiales, un delito separado y autónomo, contra la administración de justicia, sino una forma de participación en el delito ajeno, y por consiguiente, con una penalidad que está ligada a la del delito cometido por la persona encubierta, en cuya comisión el encubridor no participó. Así, por ejemplo, la mujer que alberga en su casa a su conviviente que ha cometido un hurto, será penada, según la modificación aprobada, como partícipe en ese hurto y penada correspondientemente. Creemos que no hay razones que justifiquen una modificación tan completa y radical del criterio actual de la ley.

Advertiremos, además, que la promulgación del texto aprobado dejará sin sentido ni aplicación posibles al art. 52, inciso 2º, del Código Penal, que el proyecto aprobado no toma en consideración.

2.- Modificación del art. 210.

Propone agregar al art. 210 un caso de perjurio, que sancione al que ha jurado falsamente acerca de la preexistencia de las especies hurtadas o robadas, en la nueva modalidad de declaración jurada

que el mismo proyecto establece en el art. 83 del C. de Procedimiento Penal.

Es a nuestro juicio innecesaria esta adición, pues el texto actual del art. 210 comprende todos los casos en que se miente bajo juramento ante la autoridad o sus agentes, de tal modo que la situación contemplada por el proyecto ya queda incluida en el texto actual.

3.- Art. 269. Creación del delito de "obstrucción a la justicia".

Se propone introducir un delito nuevo, llamado de "obstrucción a la justicia", que contemplaría dos situaciones:

a) Rehusarse a proporcionar a los tribunales de justicia antecedentes que se conozcan o que obren en poder de una persona, y que permiten establecer la existencia de un delito o la participación punible en él, y

b) Destruir, ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito.

La penalidad que se propone para este nuevo delito es la misma general que actualmente existe para el encubrimiento: la pena del crimen o simple delito respectivo, rebajada en dos grados. No es, por lo tanto, un delito autónomo, sino una forma de participar en el delito que se pretende ocultar. Se mantiene así un defectuoso enfoque de esta situación, como hicimos notar anteriormente.

No es superfluo anotar que la obligatoriedad de cooperar con la justicia tiene entre nosotros límites estrechos, y por lo general no conlleva sanción penal: la Constitución prohíbe que se obligue a declarar bajo juramento sobre hecho propio al inculpado, y que se imponga obligación de declarar (con o sin juramento) contra éste a sus ascendientes, descendientes y cónyuge, y se previene que la ley puede todavía agregar otros casos de excepción; el inculpado que se niega a

declarar (incluso sin juramento) no tiene sanción alguna (art. 327 del C. de P. Penal); la ley exime totalmente de la obligación de declarar a las personas ligadas por matrimonio, guarda o parentesco próximo al inculcado, y a aquellas personas que por su profesión, estado o función tiene el deber de secreto (art. 201 del C. de P. Penal); los restantes testigos, que sí están obligados a declarar, en caso de que se nieguen a hacerlo pueden ser apremiados con arresto, pero no cometen delito (art. 190 del C. de P. Penal); del mismo modo, las personas que tiene objetos o papeles que puedan servir para la investigación tienen obligación de exhibirlos y entregarlos, pero esta obligación no pesa sobre quienes están eximidos de la obligación de declarar como testigos, y aun aquellos que sí están obligados, en caso de negarse a hacerlo, sólo pueden ser apremiados con arresto, igual que los testigos renuentes, pero no cometen un delito especial (art. 171 del C. de P. Penal). En fin, el que tenga conocimiento de un delito **puede denunciarlo** (art. 83 del C. de P. Penal), pero no está obligado a ello, salvo las personas a quienes se refieren el art. 84 del mismo Código.

Por excepción, constituyen delito los casos de encubrimiento del art. 17 del C. Penal (e incluso éstos, dentro de ciertos límites y con excepciones relativas a los vínculos de matrimonio y parentesco), y de falso testimonio y de prevaricación-cohecho por parte de los jueces.

La modificación propuesta parte del criterio opuesto, y sin pronunciarnos sobre su conveniencia o inconveniencia, dado que en la realidad significan nuevos casos de encubrimiento punible, sería a nuestro juicio indispensable agregar:

(1) Que estas penas no se aplicarán a quienes hubieren participado en el delito como autores, cómplices o alguna forma de encubrimiento punible contemplada en el art. 17 del C. Penal, pues en dichos casos se impondrán sólo las penas que a estas últimas calidades les correspondieren. El texto actualmente aprobado no hace distinciones, y por lo tanto obliga a incriminarse a sí mismo, lo que es inadmisibles.

(2) Que estas penas tampoco se aplicarán a las personas que están exentas de responsabilidad criminal en el caso del inciso final del art. 17 del C. Penal (encubrimiento de cónyuge y parientes próximos). Esto guardaría consecuencia con el criterio manifestado por el legislador y mantenido en la nueva ley para los casos de encubrimiento.

(3) Que estas penas tampoco se aplicarán respecto de las personas a quienes se exime de la obligación de declarar contra el inculpado en el art. 201 N° 1° del C. penal, y que respecto de la conducta prevista en la primera parte (rehusarse a proporcionar antecedentes que se conozcan o que obren en poder del agente) tampoco se aplicarán respecto de las personas eximidas de la obligación de declarar en el N° 2° del art. 201 ya mencionado (secreto profesional o de estado). En cambio pensamos, concordando con el proyecto, que el profesional, sacerdote, etc., no puede destruir, ocultar o inutilizar efectos o instrumentos del delito invocando su calidad, y por eso estimamos que en ese caso debería ser punible (salvo que tuviere con el inculpado además los lazos de matrimonio o parentesco próximo que lo eximen como encubridor o lo eximen de la obligación de declarar por otras razones).

Tal es nuestra opinión sobre el proyecto despachado.

MANUEL GUZMAN VIAL

LUIS ORTIZ QUIROGA

ALFREDO ETCHEBERRY