

## ASPECTOS PENALES DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

*Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho,  
Departamento de Derecho Penal\**

Considerando las amplias proyecciones que tiene para la vida futura de la Nación toda iniciativa tendiente a otorgar un nuevo Estatuto Constitucional, el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica de Chile ha creído del caso efectuar un estudio sobre el Anteproyecto ya conocido, centrandó su interés en aquellos aspectos que en una u otra forma se relacionan con las Ciencias Penales.

Esto no implica, sin embargo, un desinterés sobre los aspectos políticos de ese texto, pero, sin duda alguna, el principal deber que tiene nuestro departamento es plantear, ante quienes corresponda, sus inquietudes sobre materias que les son específicas.

Para tal efecto, nos atendremos al texto publicado en la revista *Ercilla* del 13 de septiembre pasado, puesto que no se conoce otro, y además las discrepancias que puedan darse con respecto al presentado a las autoridades, son, al parecer, de poca importancia y sin relación con las cuestiones que nos ocupan.

En honor a la brevedad, sólo nos referiremos a los puntos que por alguna razón nos merecen reparos.

El Art. 9º declara que el terrorismo es contrario a los derechos naturales del hombre; que los delitos calificados como conducta terrorista serán siempre juzgados por Tribunales Militares; y que respecto de los mismos no procederá la libertad provisional, así como tampoco la amnistía ni el indulto ni el derecho de asilo.

Nuestro Departamento, por unanimidad, se pronuncia en contra de ese precepto por las siguientes razones:

(a) Se estima que todos o por lo menos los más graves de los delitos son o deben ser contrarios a los derechos naturales del hombre, por lo que aparece un poco extraño el que sólo se diga expresamente respecto del terrorismo que lo sea, creándose de esta manera una situación que puede llegar a confundir las escalas de valores. El Derecho Penal, como se sabe, opera en base a la protección de los bienes jurídicos, que son aquellos valores que destacan en una comunidad. Una de las más arduas tareas que se ha impuesto la Ciencia del Derecho Penal consiste en sistematizar las

\* Relación expuesta por el Prof. Gilberto Rudolph.

figuras delictivas de acuerdo a bienes jurídicos previamente determinados en lo conceptual, ya que se ha advertido que numerosos esfuerzos de interpretación o de construcciones sistemáticas, se han visto frustrados por una deficiente enunciación o falta de claridad acerca de los bienes jurídicos. En este sentido, la introducción de una nueva categoría, la de delitos en contra de los derechos naturales del hombre, no sólo deja de contribuir al propósito, sino que conspira en contra de ello.

b) Se ha estimado que los Tribunales Militares deben conocer únicamente los delitos que protegen un bien jurídico relacionado directamente con las Fuerzas Armadas, no aceptando los delitos que en doctrina se llaman "militarizados", pues se piensa que el fuero militar debe ser una situación excepcional dentro de un estado de derecho en que los Tribunales Ordinarios son los encargados por excelencia de conocer las causas criminales.

Por otra parte, se ha reparado en que los fenómenos terroristas actuales son de gestación y operación internacional, motivo por el que se necesita la represión también a escala internacional. En este sentido, se ha observado que por lo general las demás naciones no conceden la extradición en casos sometidos a la jurisdicción militar, materia sobre la cual no es del caso abundar atendidas experiencias recientes.

Lo anterior no obsta empero, para que se persiga enérgicamente la conducta terrorista, dotando de procedimientos especiales a una judicatura ordinaria que esté en condiciones de reclamar la colaboración internacional.

(c) No parece adecuado negar la libertad provisional en estos casos mediante un texto constitucional, ya que el actual sistema de enjuiciamiento contempla las garantías necesarias para defender a la sociedad. Lo inconveniente de la disposición se evidencia al recordar que el actual sistema penal concibe el encubrimiento no como un atentado en contra de la Administración de Justicia o un delito contra la propiedad, según los casos, sino como una forma de participación, de tal modo que no podría verse favorecido por la libertad provisional, la persona injustamente acusada como encubridora de terrorismo.

Tampoco parece conveniente limitar facultades privativas del legislador o del Presidente de la República, al negar la posibilidad de la amnistía o del indulto, puesto que circunstancias políticas contingentes transforman en inocuo lo que antes era peligroso y viceversa. Además, razones de otro orden pueden justificar la adopción de tales medidas. La reciente Ley de Amnistía General, que ciertamente ha incluido también actos terroristas, da una prueba elocuente de lo dicho.

El Art. 3º establece a ciertos delitos que podrían considerarse políticos, como causal de pérdida de la nacionalidad para quien los perpetró.

Se estima que la nacionalidad es un atributo esencial de la persona, y

que los apátridas sólo crean dificultades tanto a la comunidad internacional como al Gobierno o Estado que dispuso la medida, puesto que privados de ese derecho se convierten en tenaces activistas en el exterior. Por otra parte, en el plano internacional, suele restársele autoridad moral a la medida, y psicológicamente se considera al apátrida, por razones políticas, vinculado a su país de origen, aunque se encuentre asentado en otro lugar.

El Art. 18, N° 3º, consagra la protección legal en el ejercicio de los derechos, entre los cuales se enuncia, en primer lugar, el derecho a la defensa jurídica, agregándose que no se puede impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida, derecho que no tiene más excepción que las establecidas por la Ley o los Estatutos de las Fuerzas de la Defensa Nacional.

Es adecuado consagrar semejante principio, puesto que las actuales tendencias universales son las de ampliar la asistencia jurídica, en términos tales que no se admite la legitimidad de una actuación jurisdiccional que pueda afectar a una persona, si ésta no ha podido ejercer el derecho a la defensa, de tal modo que se ha instituido en países desarrollados, a la defensa oficiosa.

El solo texto constitucional no admite por sí mismo a los defensores de oficio, si no se ha dictado la ley complementaria que se programa en el inciso siguiente, puesto que la defensa debe ser "recabada".

Las excepciones que se enumeran a este derecho no se han estimado aceptables, pues ellas pueden ser tales que hagan ilusoria la garantía constitucional. A juicio del Departamento la expresión "debida", antepuesta a la intervención del letrado, contiene un elemento normativo capaz de conciliar los intereses sociales con los derechos del afectado, como se concluye del siguiente ejemplo: durante un sumario criminal secreto el letrado puede intervenir, aunque obviamente las peticiones que formule puedan tener un menor fundamento por no conocer las actuaciones judiciales, pero de todas maneras hay una "intervención" que se ejerce dentro de los márgenes "debidos", no dándose, en consecuencia, lugar a la indefensión en ningún momento por el solo hecho de que en el inicio el proceso sea secreto.

Concebida como un derecho la asistencia jurídica, no se divisa una razón valedera para que no puedan gozar de ella las personas sometidas al fuero militar, ya que el juicio debe ser justo con prescindencia de la sede. Aún más, si se persiste en mantener los delitos militarizados, aun los civiles podrían verse privados de este derecho.

El inciso 3º consagra en forma muy insatisfactoria la legalidad del proceso criminal, puesto que el Tribunal debe encontrarse establecido con anterioridad al juicio y no al hecho.

Esta disposición marca un lamentable retroceso, pues es manifiesto que la creación del Tribunal con posterioridad al hecho puede despertar serias dudas sobre su imparcialidad, a tal grado que podría convertirse en una "comisión especial". Baste decir que el Tribunal de Nuremberg, que ha merecido el repudio universal de los penalistas, fue establecido con anterioridad al juicio.

Como no hay juicio sin Tribunal, es poco o casi nada lo que se consigue al exigir que el Tribunal deba estar constituido con anterioridad y, más bien, el único alcance práctico de ese precepto es el de consagrar constitucionalmente el principio procesal de la radicación.

El inciso final del Art. 3º manifiesta que ninguna ley puede establecer penas sin contemplar expresamente la conducta sancionada.

Las leyes penales en blanco han sido objeto de largos debates. Sin embargo, se advierte la necesidad de que la sociedad pueda, en un momento dado, afrontar contingencias de carácter económico con la debida celeridad.

Nuestro Departamento acepta para casos especiales las leyes de esa naturaleza, motivo por el que no propicia el impedimento constitucional de recurrir a ese arbitrio, el que entiende excepcional.

Como garantía para los derechos de la persona, no obstante, cree que debe establecerse para tales leyes la autoridad que ha de completar el proceso legislativo, la publicidad en la misma forma que las demás leyes, y un recurso judicial expedito que permita impugnar la legalidad, materias respecto de las cuales hay consenso en el derecho chileno.

El Art. 18º, Nº 6, letra h), establece que no pueden confiscarse los bienes, pero ello es procedente respecto de las asociaciones ilícitas.

La pena de confiscación pertenece a una etapa superada, si se entiende que recae sobre el patrimonio, razón por la cual no parece claramente inteligible la disposición, toda vez que las asociaciones ilícitas carecen de patrimonio, y sólo procedería el comiso de bienes o la incautación de los instrumentos del delito; pero en este caso la pena recae sobre cosas singulares que no pertenecen a la asociación sino a sus integrantes.

Como se observa, la disposición es confusa y puede interpretarse en el sentido de que impide el comiso y también la incautación de los instrumentos del delito.

La letra j) concede la indemnización con cargo al Estado, de los perjuicios sufridos por el absuelto o sobreseído definitivamente, siempre que la Corte Suprema declare "injustificadamente errónea o arbitraria" la resolución judicial.

El principio que establece es loable, pero la excesiva reglamentación es perjudicial, en términos de hacerlo inoperante. En efecto, se sabe que el sobreseimiento definitivo casi no existe en la práctica judicial, y si se

extendiera la acción a los sobreseimientos temporales, la Corte Suprema no podría absorber la gran cantidad de solicitudes que se presentarían, de tal modo que se vería forzada a establecer ritualismos exagerados para desestimular la demanda.

Además, la disposición tiene un grave inconveniente, al parecer, al exonerar de responsabilidad civil a quien podría ser el principal responsable de la situación: el particular que temerariamente inculpó a otro o presentó pruebas falsas, ya que éste se exceptionaría arguyendo que las medidas compulsivas decretadas durante el proceso criminal eran un acto de autoridad y que la responsabilidad civil queda asumida constitucionalmente por el Estado.

De otra parte, la expresión "injustificadamente errónea o arbitraria" es tan poco feliz que no merece mayores comentarios.

Como acotación al margen cabe advertir que la disposición del Art. 18, Nº 1º, que estatuye quórum calificado para la ley que contemple la pena de muerte, es derogatoria de las leyes penales que actualmente contienen esa sanción.

Por último, en relación con el Art. 18, Nº 6, letra c), pensamos que el plazo de cinco días que contiene esta disposición es amplio y no resguarda en su debida forma los derechos del detenido, los cuales pueden ser conculcados mediante largos y fatigosos interrogatorios.

Si bien es cierto que la complejidad de la conducta delictiva ha aumentado considerablemente en estos últimos años —delitos económicos, financieros, etc.— no debemos olvidarnos del avance que ha experimentado la investigación del hecho punible por los nuevos conocimientos y métodos que les proporciona las ciencias auxiliares (Policía técnica) así como la forma de trabajo utilizada al hacerlo en brigadas especializadas (homicidio, asalto, sexuales, económica, etc.). Nuestro Código que es del siglo pasado establece el plazo de 48 horas y sus resultados no han sido malos, pues el trabajo de Investigaciones sólo se ha visto disminuido por la poca colaboración que le prestan los Tribunales para seguir en la "pesquisa" una vez que han puesto al detenido a su disposición, pero el plazo de 48 horas para llevar a cabo las diligencias necesarias para la investigación es suficiente. Claro que esta solución puede verse alterada en un momento determinado por falta de personal de Investigaciones, pero este problema no es de la esencia de la situación en que se intenta legislar.

El plazo que proponemos tendría mayor vigencia si estuviera funcionando el Ministerio Público que es, en cierta manera, el punto de equilibrio entre los intereses de la sociedad y del inculpado.

En último caso, estimamos que se podría legislar estipulando un plazo de setenta y dos horas como en algunas legislaciones extranjeras, pero teniendo la autoridad judicial la facultad de realizar visitas sorpresivas en

los lugares de detención que señala la ley, ya sea dentro del plazo de 48 horas como en el de 72 horas. Respecto de este último plazo que se insinúa, es preciso señalar que las legislaciones extranjeras que lo contemplan son autoritarias y han merecido la crítica de algunos autores.