

REVISTA DERECHO Y HUMANIDADES

UNIVERSIDAD DE CHILE – ESCUELA DE DERECHO

AÑO 1993

VOL. 2

Nº 3 y 4

EDITADA Y DISTRIBUIDA POR
EDICIONES JURIDICAS "LA LEY"

SEMINARIO

REFORMAS PENALES EN 1992;
LEGITIMA DEFENSA PRIVILEGIADA
Y ARREPENTIMIENTO EFICAZ *

Con fecha 19 y 20 de marzo de 1993, el Proyecto de Capacitación, Gestión y Política judicial, que está desarrollando la Corporación de Promoción Universitaria con financiamiento de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de América, organizó un seminario para analizar dos textos legales relevantes en materia penal y especialmente procesal penal aprobados en 1992: la ley N° 19.174, sobre *Legítima Defensa Privilegiada* y la ley N° 19.172, sobre *Arrepentimiento Eficaz*.

En este seminario se discutió sobre las razones que justifican la existencia de estas leyes, sobre las críticas que ellas merecen y sobre los problemas que puede generar su aplicación.

La participación de académicos, jueces y legisladores hizo más fructífero este debate.

Derecho y Humanidades agradece al Proyecto, Capacitación, Gestión y Política Judicial de la Corporación de Promoción Universitaria, la autorización para publicar estos materiales.

* La edición y corrección de las transcripciones del Seminario han estado a cargo de Blas Troncoso, Francisca Domínguez, José Roa y Rodrigo Castillo.

COMENTARIOS

María Inés Horwitz*

Bueno, aquí vamos a hacer una aproximación, tanto del punto de vista jurídico como político criminal de la ley de arrepentimiento eficaz.

La ley de Arrepentimiento Eficaz viene a utilizar técnicas premiales en la represión del terrorismo, que no es novedosa ya que anteriormente existen antecedentes en la legislación italiana y española, que fueron los modelos de esta ley; y que tal cual fue criticada en la doctrina italiana y la doctrina española en su momento, implican una contradicción esencial en el aspecto de la opción política criminal tomada al diseñar estas leyes.

En primer lugar se plantea que al tratamiento más riguroso de los delitos terroristas, el comportamiento posterior de arrepentimiento merece un precio más relevante; es decir, hay una dialéctica de agravación-atenuación constante en esta materia. Y por otro lado, se asientan diferencias inaceptables o indeseables en relación a la restante delincuencia, haciendo peligrar, por lo menos ya en el ámbito legal, el principio de igualdad y seguridad jurídica, produciéndose en tal sentido una cierta deslegitimación del derecho penal, a nuestro juicio.

En efecto, se premia a quien en el sistema de valores del ordenamiento punitivo vulnera los más importantes bienes jurídicos. ¿Cómo se justifica desde esta perspectiva y de los principios jurídico criminales del derecho penal moderno que el arrepentimiento de un homicida común valga menos que el arrepentimiento de un homicida terrorista? Y desde el punto de vista de la seguridad jurídica resulta claro que la respuesta penal ya no depende fundamentalmente del hecho cometido, sino de una conducta posterior del sujeto, que puede modificar sustancialmente la severidad de la pena.

A nuestro juicio, no cabe duda que la finalidad de este tipo de legislación

* Abogado.

responde a objetivos meramente utilitarios. No se busca satisfacer ninguna exigencia de justicia que atienda a los móviles éticos del individuo ni estimular el espontáneo arrepentimiento del sujeto involucrado. En tal sentido resulta sorprendente la utilización del concepto de arrepentimiento que alude a una categoría filosófica y religiosa, a una postura emocional de dimensión ética. La ley no presta atención a los motivos, ya sean positivos o negativos, alentados por el arrepentido; ni tampoco exige una presentación voluntaria ante la autoridad judicial. Se trata de evitar la comisión de futuros delitos terroristas, y sobre todo, conseguir la desarticulación de las organizaciones terroristas. Se prescinde, en este sentido, de toda consideración retribucionista o preventivo especial, para poner el acento en la finalidad socio-política del Estado. La dimensión individual del sujeto pasa a un segundo plano y el objetivo fundamental es la eficacia. Con ella se reconoce implícitamente, también, la ineficacia de los instrumentos punitivos tradicionales. Sin embargo, la opción premial no implica de ningún modo un cuestionamiento hacia ellos.

En tal sentido, no comparto la opinión planteada por don Luis Toro, en el sentido de que el fundamento de esta ley estaría dada por el móvil de dar mayores alternativas a los sujetos involucrados. Es decir, entre la muerte en un enfrentamiento o la cárcel, porque la misma disyuntiva puede plantearse también respecto del delincuente común y esto evidentemente no se planteado para ese tipo de delincuencia.

En relación al bien jurídico que se ha planteado, la paz social de la sociedad democrática, la delincuencia común, y lo hemos visto en los numerosos proyectos de ley presentados al parlamento, también de alguna manera, pone en tela de juicio o quebranta la paz social y la sociedad democrática y tampoco se ha tratado de combatir este tipo de delincuencia con mecanismos premiales. De allí que me parece claramente que la finalidad es estrictamente de carácter utilitario.

Por su parte, la búsqueda de la eficacia trasciende también al ámbito procesal. De allí que se advierta por la doctrina comparada, que las normas premiales pueden influir negativamente acentuando aún más los rasgos inquisitivos del proceso penal. Por ejemplo, en la ponderación del valor probatorio de los diferentes medios de prueba. Puede ocurrir, como ha ocurrido en otras experiencias del derecho comparado, que frente a la escasez de pruebas la declaración del pñntiti, es decir del arrepentido, se constituya en una especie de prueba reina, de *confesio regina aprobacionis*, acentuándose con ello, como ha ocurrido en otros países, una tendencia en las investigaciones policiales a centrarse en el logro de la confesión como elemento básico de la incriminación, con todas las faltas de garantías que, como sabemos, en nuestro sistema ocurre en torno a las declaraciones planteadas ante los organismos policiales.

Como señala Ragioli, el interrogatorio se convierte en medio inquisitorial de adquisición de pruebas y el juicio contradictorio desaparece en favor de una solidaridad entre las partes, donde la defensa pierde su carácter para unirse al objetivo común de formar la acusación. La colaboración del sujeto pasa a ser el núcleo central del

proceso penal y el propio proceso pasa a ser una etapa más de estrategia de combate antiterrorista. En tal sentido, entonces, la ley chilena también plantea ciertos beneficios procesales atípicos, que están básicamente enumerados en el artículo 5° de la ley a la cual ya se refirió el Profesor Garrido, y que obviamente no caben tampoco respecto de la delincuencia común.

Reconociendo quizás las distorsiones que ocasiona para el sistema penal y procesal en su conjunto, el legislador chileno, siguiendo los modelos italiano y español, le asignó a esta normativa sobre arrepentidos una vigencia temporal limitada. Si bien el artículo 4° de la ley 18.314, cuya aplicación se encuentra suspendida durante la vigencia de la ley 19.172, consagra un atenuante que participa de las características premiales, en el sentido de que también se trata de premiar a aquél que tiene un comportamiento posterior a la consumación del delito. Y en tal sentido es completamente diferente a los casos de desistimiento en los casos preparatorios, desistimiento en la tentativa y en la frustración.

La ley 19.172, como se ha dicho, sigue fundamentalmente la opción premial de los modelos italiano y español; a diferencia de éstos, el legislador alemán, por ejemplo, prefirió introducir una norma específica en el Código Procesal Penal alemán. En el artículo 153, en su letra e), se establece que en relación con determinados delitos, entre ellos, el de constitución de asociaciones terroristas del parágrafo 129 a) del Código Penal, podrá el Ministerio Fiscal, con el asentimiento del Tribunal Superior del estado regional que sea competente, según el artículo 120 de la Ley Orgánica Judicial, decidir la no persecución de estos delitos cuando el imputado, después de la comisión del delito y antes de saber que éste se había descubierto, hubiera contribuido a evitar un peligro para la existencia o seguridad de la República Federal Alemana, o para el orden constitucional.

Hay que decir, eso sí, que el artículo 153 del Código Procesal alemán se refiere en general a la posibilidad de renuncia a la persecución penal que compete básicamente al Ministerio Fiscal, al Ministerio Público alemán, y que corresponde al principio de oportunidad procesal; es decir, tiene un carácter general en aquellos casos en que se considera político y criminalmente innecesaria la aplicación de la pena. En tal sentido esta norma no aparece como un cuerpo extraño en el sistema penal alemán, cosa que, como veremos, no ocurre con el sistema penal chileno.

Para la ley chilena no basta la mera disociación o abandono de la asociación ilícita terrorista para acceder a los beneficios que ella contempla, como se ha planteado en otras legislaciones para los **picoli pentiti** de la legislación italiana, sino que es necesario, además, la activa colaboración con la autoridad en orden a prevenir o impedir la perpetración de delitos terroristas y/o procurar la identificación o captura de los miembros y dirigentes de la asociación ilícita.

La respuesta penal dependerá del grado y eficacia de la colaboración prestada

por el terrorista, con lo que se puede tender a premiar a los dirigentes y máximos responsables de los grupos y asociaciones, porque, precisamente, son ellos los que están condiciones de proporcionar mayores informaciones a la autoridad y colaborar con la investigación.

La ley 19.172, sin embargo, concede igualmente sus beneficios a quien ha colaborado sin que se logren los objetivos señalados en las letras a) y b) del artículo 1° por causas independientes de su voluntad. En este punto, a nuestro juicio, cobra relevancia la fiabilidad de la información o antecedentes entregados por el terrorista. La ley italiana de 1982 arbitró un procedimiento específico para la revisión de las sentencias en que se hubiese aplicado el atenuante o causa de no punibilidad por efecto de falsas o reticentes declaraciones; pero la normativa chilena no se pronuncia sobre este punto, por el contrario, sólo plantea la modificación de la sentencia de término en favor del sujeto que decide colaborar con la autoridad después de haberse dictado aquélla. En su afán de obtener la colaboración a toda costa, el legislador autoriza, como se ha visto, la posibilidad, inusual en otras legislaciones, de revisar sentencias firmes, cuestión que no se preve para el resto de la delincuencia. Es decir, además de este beneficio premial, también se contemplan beneficios en la etapa de ejecución de la pena. La ley prevee, en su artículo 4°, como ya ha señalado el profesor Garrido, la posibilidad de que se otorgue al arrepentido la libertad vigilada si aún aplicado los beneficios de la ley debiere cumplir pena de reclusión. Pareciera que en este caso no fueran exigibles los requisitos que para tal medida alternativa preve la ley 18.216. No está de más resaltar nuevamente la grave desigualdad que generaría la aplicación de este precepto. ¿Por qué tendría derecho a esta medida el sujeto que ha vulnerado los bienes jurídicos más fundamentales de la colectividad y que tras un frío cálculo de costos y utilidades, decide colaborar con la autoridad, y negarle, sin embargo, esta posibilidad que con favorables posibilidades de resocialización y requerido de asistencia, quizás incluso arrepentido en el hecho, no tiene acceso a ello por la magnitud de la pena asignada al delito que ha cometido?

En este sentido, yo creo que el debate hay que centrarlo en que aquí se produce el quiebre de la relación básica entre el hecho cometido y la respuesta penal en favor del sujeto. Y en este caso, este quiebre no responde a principios políticos criminales de carácter general aplicados a la legislación penal, sino que sería la aplicación del principio de necesidad de pena o de merecimiento de pena exclusivamente a criterios de utilidad y reservado únicamente para este tipo de delincuencia, con lo cual no solamente se producen las distorsiones a la que ya he aludido respecto del sistema punitivo en general, sino que también se afectan gravemente los principios garantizadores del derecho penal, sobre todo el principio de igualdad.

Saliendo un poco de la crítica general a la ley, quisiera hacer unas breves referencias a algunas problemáticas de carácter interpretativo que se puede producir con la ley.

Ya el profesor Garrido había señalado que pueden producirse situaciones confusas con la redacción del artículo 1º, que se refiere básicamente a los sujetos que cometen delitos de asociación ilícita terrorista, que quedarían exentos de pena; y a los que incurrir en el artículo 7º de la ley 18.314, que propiamente no se trata de delitos, sino que regula la penalidad en los casos de tentativa y conspiración de estos delitos.

Ahora bien, podría producirse un problema en el sentido de qué es lo que ocurre con el sujeto que principia la ejecución del hecho terrorista y resuelve no continuar con la actividad delictiva y realiza alguna de las actividades previstas en las letras a) o b) del artículo 1º de la ley.

Si se recuerdan, en la letra a) se requiere específicamente que el sujeto entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables. Se trataría del sujeto que en definitiva impidió, con su acción, que se consumara un delito terrorista; no podría ser la fundamentación de la exención de responsabilidad criminal este comportamiento, que es generalmente impune; tendría que entenderse, entonces, que la exención de pena proviene del único delito realmente cometido por el sujeto, que sería la integración en una asociación ilícita terrorista.

También otros problemas interpretativos pueden producirse con el artículo 2º, es decir, cuando se plantean rebajas de pena en los casos en que se cometan otros delitos de la ley que no están previstos en el artículo 1º, y ahí se plantea el problema de si la rebaja también se produce respecto del delito de integrar asociaciones ilícitas terroristas y de los otros delitos o solamente de los otros delitos. Todas estas son interpretaciones que, evidentemente, tendrán que irse aclarando en la medida que se van produciendo estudios dogmáticos y jurisprudenciales sobre el tema.