

Legal |
Noticias y reportajes | Entrevistas y perfiles | Artículo 2 de 3

Kai Ambos sobre las reformas al Código Penal: “Siempre existe un conflicto entre la política, un poco populista, de seguridad pública y la opinión de profesores”

En conversación con El Mercurio *Legal*, el académico alemán se refirió a materias como la ley antiterrorista y las reformas penales propuestas en Chile, así como sobre el estado actual del sistema interamericano de Derechos Humanos, incluyendo las pretensiones del grupo ALBA respecto de la reforma al funcionamiento de éste.

Martes, 07 de mayo de 2013 a las 9:30



Crédito: Mauricio Pérez.

Alejandra Zúñiga C.

Especialista en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional —como profesor en la Universidad Georg August de Göttingen—; Juez del Tribunal Provincial (*Landgericht*) de esa misma región; Doctor y Post- Doctorado en Derecho por la Universidad de München y consultor en proyectos de reforma penal y judicial así como justicia transicional en América Latina, África y Europa Oriental.

El abogado alemán **Kai Ambos**, que hace unas semanas estuvo de visita en nuestro país, conversó con El Mercurio *Legal* acerca de diversas materias: desde su contacto con el fallecido Enrique Cury, para cuyo libro homenaje —que se lanzará el próximo 28 de mayo— colaboró con un artículo, hasta el estado del sistema interamericano de derechos humanos hoy. De igual forma, se refirió a elementos del acontecer jurídico nacional, como los alcances de una reforma como la que se estudia actualmente para el Código Penal o la tipificación de delito terrorista presente en nuestra legislación. Sin embargo, sobre ambos procesos fue cauteloso, ya

Artículo 1° de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y

Artículo 1º. Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.

La exclusión contenida en el inciso anterior no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación al delito cometido de conformidad a esta ley.

“Para quienes trabajamos en América Latina es un nombre de gran relevancia”

—Próximamente se publicará un libro homenaje a la figura de Enrique Cury donde usted participó. ¿Qué me puede comentar de la figura del académico chileno?

—Enrique Cury fue uno de los grandes penalistas chilenos de la generación de Etcheberry, Bustos o Garrido Montt y, de alguna manera, representaba la antigua escuela chilena del derecho penal que lamentablemente fue interrumpida por la dictadura militar. Hacia 1973 Chile era un país líder en América Latina en lo referente a la ciencia del derecho y del derecho penal, en particular y, como sabemos, muchos de los penalistas chilenos tuvieron que salir del país

que advirtió no conocerlos en su totalidad.

Respecto de este último comentó, por ejemplo, que “evidentemente se enfoca en algo subjetivo” y recordó que en cualquier legislación sobre la materia siempre es compleja la tipificación de tales delitos. ¿La razón?, porque “no existe una definición unánime del terrorismo”.

— Recientemente se constituyó en nuestro país una comisión para reformar el Código Penal, ¿qué consejos le daría a ésta y qué materias le parecen fundamentales de considerar?

— Como algo básico diría que tomen en cuenta los consejos de los penalistas chilenos para este proceso político, porque en el país hay muchos académicos de excelencia en la materia.

Siempre existe un conflicto entre la política, un poco populista, de seguridad pública y la opinión de profesores y criminólogos que, tal vez, ven las cosas de manera más objetiva. En este sentido creemos que con más derecho penal, con más penas no se resuelve el problema de criminalidad y mucho menos se logra eso creando más cárceles ni mandando a la gente a ellas, pues salen de allí mejores criminales.

En particular, estudios empíricos dicen que ningún delincuente antes de su acto va a investigar en el código cuál es la pena que le pueden dar por tal o cual delito, sino que es mucho más importante que el sistema en sí funcione, así como tener en cuenta el contexto socioeconómico de una sociedad, porque mucha de esa delincuencia es motivada por la situación de pobreza de las personas. Evidentemente tampoco uno debe ser ingenuo, ya que existe delincuencia organizada, transnacional, narcotráfico, por ejemplo, pero ese no es el pequeño traficante o el consumidor, que es alguien que necesita tratamiento. Para la delincuencia a gran escala y

en esa época, volviendo algunos recién con el regreso a la democracia para recuperar esa escuela.

Él fue maestro de muchos de los jóvenes que hoy representan al derecho penal chileno, que poseen experiencia internacional en el continente o estudios en Alemania, Italia o España, por ejemplo y, en ese sentido, fue para mí un gran honor el que me hayan invitado a participar de este libro.

—¿Cuál cree que fueron sus principales aportes al derecho penal?

—Para quienes trabajamos en América Latina es un nombre de gran relevancia. Tuve la suerte de conocerlo personalmente, además de estar al tanto de la importancia de su labor, por ejemplo, en la implementación del Estatuto de Roma en Chile, además de su compromiso con los derechos humanos y el derecho penal internacional. Tuvo gran influencia, además de haber sido muy respetado en la escena política del país.

También escribió un libro que muchos han leído acá y que para los estudiantes de derecho es un manual: su tratado de Derecho Penal parte general, editado por la UC. Es un texto principal en las clases de la materia.

organizada se necesita, no tanto derecho penal material, sino una buena policía especializada, técnica, profesional, así como una buena fiscalía, porque la aplicación de las normas penales depende al final de esos operadores.

— ¿Qué características, en general, cree que debe tener una regulación de delitos terroristas?

— En cualquier legislación sobre esta materia tenemos un problema debido a que no existe una definición unánime acerca del terrorismo. Hubo hace poco una sentencia importante pero también muy polémica del Tribunal Especial para el Líbano, de la Sala de Apelaciones, sobre el reconocimiento de un delito de terrorismo a nivel de derecho penal internacional. Es muy controvertido si hay que reconocer el terrorismo como crimen internacional, más allá de su declaración en tratados internacionales, y existe esta controversia justamente por el tema de los diferentes intereses y por el problema de definir bien quién es terrorista.

— ¿Cuál es su opinión de la definición de terrorismo presente en la legislación chilena (Artículo 1°)? (ver recuadro)

— Evidentemente se enfoca en algo subjetivo, ya que habla de la finalidad de producir en la población

el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie y, bien sabemos, que probar qué pensaba una persona al actuar de una u otra manera es muy difícil, por lo que siempre va a ser complejo para los operadores del sistema, ya sean los fiscales o jueces, aplicar tipos penales con un elemento subjetivo muy fuerte, que vaya más allá del dolo, porque aquí se exige una finalidad, que es algo muy particular. Con esta clase de tipificaciones siempre existe el peligro de crear un Derecho penal de la actitud interior (*Gesinnungsstrafrecht*).

Además, la definición habla de la evidencia de que obedezca a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo, lo que es más problemático aún porque se refiere a algo anteriormente hecho, la vieja premeditación del derecho francés. Por ejemplo, hablamos del asesinato premeditado, o sea, una semana antes se planifica en detalle y después se asesina a la persona, esto también requiere mayores pruebas, porque para poder saber que eso realmente

existió se tendrían que encontrar, por ejemplo, documentos, o tener testigos que lo declaren. En ese sentido es bastante difícil de probar.

Respecto de la idea de 'categoría o grupo determinado de personas', no me queda claro cómo se define aquello, ya que es meramente cuantitativo. Desconozco la razón de que se especifique así, porque no conozco la historia de esta ley pero, por ejemplo, unos manifestantes en el centro de Santiago o unos políticos pueden ser considerados como tales pero, nuevamente, en las definiciones internacionales no existe esta limitante, porque el acto del terrorista se caracteriza justamente por ser arbitrario, su esencia es que no discrimina, como los atentados de Al Qaeda, que se caracterizan por ser indiscriminados.

La falta de discriminación, la arbitrariedad del acto terrorista, es fundamental, por lo que no me convence mucho limitarlo a un grupo específico de personas porque, de alguna manera, la determinación es un elemento anti-terrorista, ya que requiere criterios de selección. De esta forma, en el conflicto armado, según el derecho internacional humanitario, un combatiente determina sus ataques contra los otros combatientes.

'Imponerle exigencias...' es otra limitante discutible, porque si uno entendiera el terrorismo como actos arbitrarios contra la población en general, sin ninguna limitación, contra niños, hombres, mujeres, civiles, sólo para crear terror y temor, no son necesarios estos requisitos.

El derecho interamericano

— ¿Cuál es su opinión sobre las demandas de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) respecto de la reforma al funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)?

— El sistema interamericano es muy importante en el continente y, en particular, en Latinoamérica. La Comisión, como filtro en cuanto a los casos que llegan a la Corte, ha sido fundamental, así como también su papel en todos aquellos procesos referentes a las dictaduras en la región. Lamentablemente sucede que algunos países, especialmente aquellos de corte más populista o de izquierda, como Bolivia, Ecuador y Venezuela, pretenden limitar o restringir el actuar de éstas a través de una reforma que, incluso, quieren llevar a cabo sin la propia Comisión, lo que me parece imposible. Evidentemente los estados parte son los dueños del tratado, pero no se la puede reformar sin tomarla en cuenta.

Es cierto es que hay un trasfondo político en todo este proceso, donde a algunos países, especialmente Ecuador y Venezuela, estuvieron disconformes con las resoluciones de casos que los involucraban, por ejemplo, las decisiones en cuanto a la libertad de prensa frente a sus intentos de cerrar periódicos. La consecuencia es que están actuando como niños que, cuando no les gusta una decisión, abandonan el juego; pasó algo similar en su momento con Perú, cuando Fujimori se quería retirar del sistema por sentencias relacionadas con la legislación antiterrorista y los derechos

fundamentales. Afortunadamente, todo esto no ha tenido hasta hoy mayor efecto, pues el riesgo de que un estado pierda su reputación internacional al retirarse de un sistema tan fuerte y consolidado es de tal magnitud que casi ninguno se puede dar ese lujo.

Aunque la iniciativa de ALBA existe, creo que no se pueden limitar las competencias de la Corte ni de la Comisión en el sentido de restringir los derechos de los ciudadanos latinoamericanos. Más bien se debe pensar en hacer más efectivo el sistema, como en Europa, donde eliminamos la Comisión pero no para debilitar el sistema sino que para darle más fuerza y eficiencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

— En este sentido, una de las propuestas de ALBA es privar a la CIDH de fondos externos, de los cuales se beneficia la Relatoría de Libertad de Expresión, muy criticada por Ecuador. ¿Qué le parece esto y cuáles cree que podrían ser las consecuencias de una eventual aceptación de dicha iniciativa?

— No me parece bueno porque los sistemas regionales de derechos humanos, y en la Corte Penal Internacional (CPI) sucede lo mismo, no cuentan con suficientes fondos. Si esto depende sólo de los estados, en una determinada situación ellos pueden controlar más fácilmente el sistema, porque si tenemos cinco o seis países que dicen 'no pagamos más', éste cae. Se trata de algo similar a lo que sucede con la legislación actual en Rusia, que no permite ninguna financiación de agrupaciones de la sociedad civil con fondos externos, y estos grupos son considerados agentes extranjeros.

Tales propuestas muestran el autoritarismo de esos gobiernos. Insisto en que el sistema debe tener un financiamiento seguro e incondicionado de parte de los estados, pero que también debe existir la oportunidad de que maneje, por ejemplo, fondos de emergencias, como lo que tenemos en la CPI. ¿Por qué no permitir que personas que tienen, por ejemplo una fundación, financien el trabajo de un Tribunal de Derechos Humanos?

— Actualmente, ¿cuál es su evaluación del trabajo tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

— Creo que la Corte ha hecho un trabajo muy importante, históricamente hablando, desde el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, donde se estableció el deber de persecución de graves violaciones a los derechos humanos y que ha influido mucho en la legislación de diversos países, hasta la declaración de nulidad o inaplicación de amnistías, como la chilena, peruana o argentina, entre otras. Pese a ello, tal vez hoy se encuentra en una situación distinta en comparación con los años duros post dictatoriales, donde todavía los estados de derecho no estaban tan bien establecidos o consolidados como en hoy, y quizás debiera tomar en cuenta que si cambia la situación de los países, y hay en ellos más democracia, separación de poderes y un Tribunal Constitucional que garantice los derechos de la Constitución, un Tribunal supranacional debe modificar su modus de intervención también.

Acerca de las reparaciones, uno podría preguntarse a veces si la Corte no interfiere demasiado en los asuntos internos de los estados. Esta situación no ha tocado tanto a Chile pero sí a otros países y, en ese sentido, se trata también de ponderar y dar un margen de apreciación. Es una institución de gran relevancia pero que, tal vez, debería ajustar algunos excesos de sus sentencias.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online