Establece control judicial a la facultad del Ministerio Público para invocar la Ley de Conductas Terroristas en investigaciones a su cargo.
Boletín N° 7668-07

La ley de conductas terroristas es una legislación de excepción cuyo origen se remonta al año 1984, y cuya lógica es reaccionar frente a un enemigo del Estado, a quien no se le reconocen plenos derechos y garantías, más que brindar un proceso racional y justo a ciudadanos a los cuales se les imputa determinadas conductas que revistan caracteres delito.

En este sentido el profesor alemán Gunther Jakobs, ha identificado la existencia de esta categoría especial dentro del Derecho Penal, al cual se le ha denominado "Derecho Penal del Enemigo" el cual se contrapone en finalidad y medios del denominado "Derecho Penal del Ciudadano". Es así como este autor afirma que "*En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro*", agregando que "*quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.*" (Gunther Jakobs. *"Derecho Penal del Enemigo".* Thomson Civitas Primer Edición. 2003. Pág. 55.)

La doctrina se señala precisamente a las legislaciones sobre conductas terroristas como un ejemplo de lo que se ha denominado "derecho penal del enemigo", el cual según el profesor Manuel Cancio Meliá presenta a lo menos cuatro características principales:

Un adelantamiento de la punibilidad, al castigar actos preparatorios anteriores a la comisión de una conducta lesiva, haciendo punible incluso la mera asociación sin que se haya dada inicio a la ejecución de ngún atentado;

El establecimiento de penas desproporcionadamente altas, las que incluso se aplican sin consideran el referido adelantamiento de punibilidad;

Determinadas garantías son relativizadas e incluso suprimidas, como ocurre en nuestro país, al establecer un quórum especial para la revocación de prisiones preventivas, y al consagrar los denominados

testigos protegidos o sin rostro como medio reprueba legitimo que puede presentar el órgano persecutor en el juicio oral para acreditar su imputación.

Se identifica una determinada categoría de sujetos como enemigos, esto es, personas cuya conducta incorregible tendría por finalidad derribar los cimientos del Estado, y respeto de quienes consecuencialmente no existirían medidas útiles de reinserción social ni otras medidas de prevención especial, por lo que no se puede esperar que el Estado atacado reaccione reconociéndoles los mismos derechos y garantías de aquellos ciudadanos que han infringido de manera ocasional el

ordenamiento jurídico. (Manuel Cancio Meliá. *"Los Delitos de Terrorismo: Estructura Típica e Injusto".* Editorial Reus S.A. Primera Edición. 2010. Pág. 25 y 37)

Sin perjuicio que en un Estado que respete de manera efectiva los derechos humanos no cabe hacer una distinción entre "ciudadanos" y "enemigos", debiendo la ley garantizar un justo y racional proceso a todas personas sin distingo, cabe destacar que incluso quienes afirman y justifican la existencia de un estatuto especial como el referido, el cual diferencia entre "ciudadanos" y "enemigos", señalan la necesidad de establecer un parámetro exigente para su aplicación.

Es así como sobre el particular, el propio Gunther Jakobs sostiene que *"Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos* de *regulaciones propias del Derecho penal del enemigo."* (Gunther Jakobs. "Derecho *Penal del Enemigo".* Thomson Civitas Primera Edición. 2003. Pág 55 — 56)

De esta forma, se ha señalado que la identificación y descripción de este estatuto especial dentro del derecho penal, liderada por el propio Jakobs, tendría un aspecto de garantía, en el sentido de fijar claramente cual es el límite preciso de su aplicación, de manera tal de no aplicar dicha legislación de forma indiscriminada y arbitraria.

En este contexto, la facultad del Ministerio Público de calificar a su arbitrio una determinada conducta como terrorista no es propio de un debido proceso, ya que le permite al órgano persecutor fijar cual es el marco procesal a partir del cual se va a realizar una determinada investigación, sin contrapeso ni control real hasta la realización de la audiencia de juicio oral.

Lo anterior resulta en la práctica en una situación de grave desmedro en los derechos y garantías de las personas imputadas por tales conductas, toda vez que atendida la gravedad de los delitos contenidos en la ley 18.314 y las altas penas que se imponen a tales ilícitos, se reduce sustantivamente las exigencias materiales para decretar y mantener cautelares de alta intensidad en contra de quienes son signados por el ente persecutor como autores, cómplices o encubridores de dichos delitos, como para obtener la autorización judicial a fin de realizar interceptaciones telefónicas, levantamiento de secreto bancarios y otras medidas intrusivas.

De esta situación se deriva un hecho preocupante y reiterado: personas privadas de libertad durante un largo tiempo a titulo de prisión preventiva en investigaciones seguidas en su contra por delitos que son calificados por el Ministerio Público como terroristas, son en definitiva absueltos en juicio oral, y dejados en libertad. De esta forma, en la práctica, más que prisiones preventivas estamos frente a prisiones por sospecha, las cuales se fundan en la sola impresión de peligrosidad que se encuentra asociada a la imputación de haber cometido un delito terrorista o ser parte de una asociación ilícita de dicha naturaleza.

En el escenario normativo actual, las imputaciones por asociaciones ilícitas terroristas y demás delitos contenidos en la ley 18.314 pueden fundarse, rhás que en antecedentes objetivos y concretos, en la pretensión instrumental del Ministerio Publico y de querellantes en contar con un estatuto sustantivamente más favorable para realizar una determinada investigación, precisamente cuando no se cuenta con mayores pruebas para enfrentar ciertos hechos de relevancia publica.

Es por esto que resulta necesario fijar un control judicial a la facultad del Ministerio Público para invocar la ley de conductas terroristas, el cual se concrete en los primeros actos de la investigación, de manera tal que no se mantenga una imputación que afecta gravemente en los hechos a la defensa de quienes son imputados al arbitrio del Ministerio Publico hasta la revisión completa de los cargos formulados en su contra, lo que tal como se ha indicado, se produce sólo en el juicio oral, el cual se lleva a cabo mucho tiempo después de iniciada la investigación, en causas que terminan generalmente en absolución. De hecho, desde el inicio de la implementación de la reforma procesal penal en nuestro país y hasta la fecha de presentación de este proyecto, nunca ninguna persona ha sido condenada como autor de un delito de asociación ilícita terrorista, sin perjuicio de existir múltiples causas seguidas por tales cargos (principalmente en contra de

miembros de comunidades mapuches), todas las cuales ha terminado con absoluciones que ha dejando en libertad personas que han estado, incluso años, en prisión preventiva por tal cargo.

Es en atención a estas consideraciones, que tenemos el honor de proponer el siguiente

P R O Y E C T O D E L E Y

ESTABLECE CONTROL JUDICIAL A LA FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INVOCAR LA LEY DE CONDUCTAS TERRORISTAS EN INVESTIGACIONES A SU CARGO.

Artículo único. Modifíquese la ley 18.314 sobre conductas terroristas, agregando a su artículo 10 los siguientes nuevos incisos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo:

"El Tribunal de Garantía deberá decidir fundadamente sobre la procedencia de aplicar la presente ley en cada oportunidad en que el Ministerio Público solicite su autorización para realizar una medida intrusiva *en* investigaciones por delitos que califique como terrorista.

Asimismo, el Tribunal de Garantía resolverá en la audiencia en que el Ministerio Público formalice a imputados fundado en delitos que se señalen como terroristas, sobre la procedencia de aplicar la presente ley. Para aquello se deberá considerar si existen antecedentes múltiples, concretos y graves que den cuenta de la realización de tales delitos, y de su participación punible por parte de los imputados.

La resolución mediante la cual se decida que es procedente la aplicación de la presente ley, será apelable.

En caso que en definitiva se resuelva que no es procedente la aplicación *de* la presente ley, el Ministerio Público podrá formalizar a los imputados por los mismos hechos, pero calificándolos en forma distinta delitos terroristas.

Lo prescrito en los incisos anteriores será aplicable a la acusación que formule el Ministerio Público, debiendo decidirse sobre la aplicación de la presente ley a*l* inicio *de* la audiencia de preparación de juicio oral. En caso *que* el Tribunal *de* Garantía resuelva que *es* aplicable, *se* podrá apelar verbalmente de dicha resolución en la misma audiencia, la cual se suspenderá hasta que el tribunal de alzada dicte sentencia."