

## Comentario

José Hurtado Pozo

### 1. Introducción

(p. 123) Cuando Sendero Luminoso comenzó su cruenta lucha subversiva y el gobernante de turno trataba a los subversivos de cuatreritos, se planteó el problema de cómo utilizar el derecho penal para combatir la subversión. Un senador oficialista y, posteriormente, infeliz candidato a la Presidencia de la República, propuso un proyecto de ley tendiente a reprimir a los rebeldes a título de traición a la Patria. Esta idea ha sido, en los últimos años recuperada para enriquecer el derecho penal de emergencia, constituido en base de los bien llamados "Decretos Supremos de la guerra".

En los años iniciales, el gobierno prefirió un proyecto que se transformó en el Decreto Legislativo n. 046, primera norma punitiva dirigida contra el fenómeno terrorista provocado por Sendero Luminoso. Respecto a este Decreto Legislativo afirmamos (La Revista n. 4, Lima abril de 1981), de un lado, que "la técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 1 del D. Leg. no respeta el principio de la legalidad consagrado en la Constitución [1979] » y, de otro lado, que "no resulta exagerado, en relación a la descripción del delito de terrorismo, temer que sean múltiples los abusos originados en su aplicación; sobre todo - en caso de un gobierno dictatorial contra cuyo pronto o tardío advenimiento no está totalmente inmunizado nuestro país".

Respecto a esto último, la historia de los últimos años nos ha dado, desgraciadamente, la razón. En cuanto a lo primero, parece que también era correcta nuestra afirmación, al menos si se considera los argumentos expuestos por la Comisión del Ilustre Colegio de (p. 124) Abogados de Lima que ha elaborado un "Proyecto de reforma de la legislación antiterrorista". En la exposición de motivos de las normas penales sustantivas del citado proyecto, se afirma, por ejemplo, que "la praxis judicial ha revelado graves deficiencias de la normatividad antiterrorista, contraria a principios fundamentales del derecho penal, violatoria de derechos humanos y generadora de inseguridad jurídica".

Si he formulado estas constataciones, a pesar que puedan parecer petulantes, no lo he hecho pensando que se trata de saber si tuve o no razón al plantear que los actos de terrorismo no constituían un delito específico y que toda tentativa de describirlo conduciría a la elaboración de una figura vaga, imprecisa e insegura. Me impulsa, sobre todo, la necesidad de reflexionar sobre la manera como se manejan los criterios jurídicos y de política criminal. Aspecto ocultado o evitado por una discusión técnica de carácter dogmático ("científico").

### 2. Toma de conciencia

Resulta importante que se afirme al inicio de la exposición de motivos mencionada, que "una parte considerable de la intelectualidad peruana" esté "de acuerdo en reconocer, por primera vez, que la solución definitiva de nuestro grave fenómeno terrorista no depende exclusivamente de la eficacia de la acción militar o de la severidad de la legislación, punitiva", sino "fundamentalmente de la remoción por vía democrática de una estructura económico-cultural" que oprime al pueblo. Si esto es cierto, un sentimiento de desaliento debe invadirnos en razón a los años que ha necesitado nuestra intelectualidad (no toda) para aceptar esta verdad afirmada, por muchos y muchas veces, durante todos estos años plenos de muerte, violencia y daños materiales.

Sorprende que se sostenga que "las disposiciones excepcionales que encontraron justificación en una situación de extrema gravedad, deben hoy dar paso a una legislación que responda a las

circunstancias de la hora presente, es decir, remplazar la excepcionalidad por la normalidad". La sorpresa proviene de las **(p. 125)** consecuencias políticas y jurídicas, seguramente no deseadas por los autores del proyecto, que pueden resultar de tal afirmación.

Justificar las disposiciones excepcionales antiterroristas en razón a la gravedad extrema de la situación creada por la subversión puede hacer creer a muchos, principalmente a los responsables directos, que dicha situación justifica igualmente las graves violaciones cometidas contra las personas, con ocasión de la lucha sucia contra la subversión. Violaciones cometidas, como lo dicen los autores mismos del proyecto comentado, "en aplicación de las normas legales para reprimir la subversión".

### **3. Proceso penal**

No puede lograrse remplazar "la excepcionalidad por la normalidad", a mi modesto modo de ver, con las proposiciones hechas en el mencionado proyecto. Así, nos parece poco coherente plantear un procedimiento especial, a cargo de fiscales, jueces y tribunales "especializados", para los casos de terrorismo, en lugar de exigir llanamente la puesta en vigencia del código procesal penal. Código caracterizado por su tendencia en favor del proceso contradictorio y, en consecuencia, opuesto al sistema inquisitivo vigente tanto en el fuero militar como en el fuero común.

La elaboración de un sistema especial como el propuesto comporta enormes riesgos y repeticiones superfluas. Entre los primeros, por ejemplo, la obligación que se impone, a toda persona natural o jurídica y demás instituciones de proporcionar la información que les fuere requerida durante la indagación o durante el procedimiento judicial (art. 7 de las normas procesales). Significa esto, ya que no figura entre las excepciones, que los sacerdotes, por ejemplo, deben develar lo que llegan a saber durante la confesión o el médico en el ejercicio de su deber profesional?

Resulta inconveniente prever la improcedencia en todos los casos de la libertad provisional (art. 18), declarar que la libertad incondicional procede "cuando resulte descartada fehacientemente la imputación" (art. 19) y disponer que las resoluciones que dispongan la excarcelación tenga "efecto suspensivo hasta que queden firmes".

**(p. 126)** La procedencia de la libertad provisional esta regulada detalladamente y se basa fundamentalmente en la idea que, de acuerdo con las circunstancias materiales y personales del caso particular, es lo mejor no sólo para el procesado sino también para la recta administración de justicia. Según los autores del proyecto, esta restricción es conveniente por "la gravedad del delito de terrorismo y de sus modalidades". Se trata de un viejo criterio de carácter objetivo y represivo. Se privilegia la afirmación abstracta que "el delito de terrorismo" es grave, en detrimento de un criterio individualizador del acto imputado al procesado y, sobre todo, de las características personales de éste. Como ya ha sucedido antes, con este criterio se puede justificar la improcedencia de la libertad en relación con el tráfico de drogas, el asalto y robo, la violación de menores, el abigeato y cualquier otro delito considerado especialmente grave.

En cuanto a la libertad incondicional, el prever que procede cuando se ha descartado fehacientemente la imputación no sólo es superflua sino también peligrosa. Lo primero porque si el juez tiene dudas sobre la responsabilidad del procesado debe continuar investigando y, de ser necesario, mantener detenido al procesado para evitar, por ejemplo, que destruya pruebas o se coluda con posibles participantes en el delito investigado. Lo segundo porque, en razón de las deficiencias del sistema judicial, llevará al juez a no disponer la libertad incondicional a pesar que ha adquirido la convicción de la inocencia del procesado. Para esto se escudará en la aplicación literal de la ley, interpretando restrictivamente el término "fehacientemente".

Si la resolución de excarcelación se dicta porque se considera que no hay elementos sobre la responsabilidad del procesado (por lo que se le libera incondicionalmente o se le declara

inocente) aceptar, el hecho de mantenerlo privado de libertad constituye una detención ilegal. La posibilidad de que el juez sea inepto o corrupto no debe perjudicar al procesado inocente, sobre todo si se tiene en cuenta la lentitud de la administración de justicia y la manipulación política de que es objeto con frecuencia. El efecto suspensivo de la resolución de excarcelación es inconstitucional en la medida en que se da la prioridad a la sociedad o al Estado en detrimento de la persona. **(127)** La defensa de ésta y de su dignidad "son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (art. 1 de la Constitución) y no al revés.

Entre las repeticiones superfluas, es de señalar que en el artículo 2, se dice "el control de la investigación policial preliminar tendrá lugar de conformidad con lo previsto en la Constitución y en esta ley". La aplicación de lo dispuesto en la Constitución no requiere, en este aspecto, de la promulgación de una norma de este tipo. El art. 1 constituye más bien una declaración teórica, ya que tanto de la denominación que se dé a la ley o decreto como de las demás disposiciones se desprende que se regula el procedimiento por delitos de terrorismo y cuáles son las etapas que este procedimiento comprende. Se confunde la elaboración de una norma legal con la formulación de una afirmación teórica. Lo mismo se puede decir de lo dispuesto en el art. 20. Según esta disposición, "el esclarecimiento de la verdad mediante la actividad jurisdiccional tendrá lugar aplicando la ciencia y la técnica y empleando medios probatorios legítimos, pertinentes, conducentes y útiles". En una ley o decreto especial, una declaración de esta naturaleza no tiene sentido. Son criterios aplicables a todo proceso. En contra de la intención de sus autores, esta declaración lírica puede ser utilizada como medio de propaganda de un régimen que no hace nada por racionalizar, perfeccionar, tecnificar y financiar la administración de justicia.

Esto último muestra, a diferencia de lo que sucede en otros países, que las reformas legislativas se proyectan sin evaluar debidamente tanto el alcance político (positivo o negativo) como el costo económico de las medidas propuestas. El aspecto económico determina la factibilidad de la reforma. Como no pensar que es utópico, desgraciadamente, que el Estado peruano esté en condiciones de otorgar una remuneración adicional al cargo, un seguro de vida y la protección permanente a los jueces especializados en el procesamiento de los casos de terrorismo y a los auxiliares jurisdiccionales, cuando ni siquiera es capaz de pagarles sueldos que les permita vivir dignamente.

#### **(p. 128) 4. Delito de terrorismo**

El restar vaguedad a "las configuraciones delictivas, dosificar sus penalidades y humanizar su ejecución penitenciaria", no pueden ser obtenidos si no se abandonan los criterios de base que inspiran la legislación represora del terrorismo. En este sentido, la propuesta conserva algo más que "la estructura básica de la legislación precedente". Veamos algunos ejemplos.

Para definir el "delito de terrorismo" se sigue recurriendo a dos elementos básicos: el acto y los medios. Se alude al primero diciendo únicamente: realizar "actos que pongan **(p. 129)** en peligro la vida, la salud, la libertad o el patrimonio". Los medios son señalados diciendo: "utilizando armamentos, explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o que afecten las relaciones internacionales del Estado".

De modo que, a diferencia de lo previsto hasta ahora, se trata de un delito de peligro concreto, individual o colectivo, porque sólo se hace referencia a los bienes jurídicos (vida, salud, libertad, patrimonio) y no a la persona física como su titular. Su distinción respecto a los delitos de peligro individual o colectivo, ya previstos en nuestro Código penal, esta dada por el medio empleado por el delincuente. Este medio puede ser cualquiera siempre y cuando sea capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afecte las relaciones internacionales del Estado. Como ejemplos, se mencionan los armamentos y los explosivos. Con estos medios se pueden causar "estragos"; por ejemplo, matar o lesionar personas, dañar los bienes pertenecientes a terceros y perturbar la tranquilidad pública. Estos resultados no deben sin embargo producirse para que se consuma el delito de terrorismo.

Dada la naturaleza de los medios y del peligro, en la práctica surgen serios problemas para diferenciar los actos previstos como delito de terrorismo y los atentados delictuosos que, por ejemplo, dañan la vida (homicidio) y la salud (lesiones) de las personas. Se puede considerar, primero, que éstos requieren la muerte o el daño en la salud de la víctima y la intención de provocarlos de parte del autor, mientras que el delito de terrorismo se consuma con la simple puesta en peligro de la vida o la salud y el agente debe actuar sólo con la intención de crear dicho peligro, no con la de matar o lesionar. Segundo, en que si el homicidio y las lesiones son cometidas por cualquier medio, el peligro en que consiste el delito de terrorismo debe ser provocado por uno de los medios peligrosos señalados o tener como efecto perturbar las relaciones internacionales. Por ejemplo, colocar una bomba en un mercado, delante de una delegación policial o de una embajada extranjera. En buena cuenta, sólo existe entre ambos grupos una diferencia de grado que se tiene en cuenta para crear un delito sui generis; diferencia que resulta una ficción en la práctica ya que como lo muestran los ejemplos dados, resultaría muy fácil admitir que el agente ha querido, al menos con dolo eventual, matar o lesionar.

La diferencia tendra que establecerse entonces en base al hecho consistente, según el proyecto comentado, en que el agente obre como integrante de una organización terrorista o "colaborando con sus objetivos y fines". Pero esta última frase abre las puertas para que cualquiera que cometa uno de los actos reprimidos sea comprendido como autor del delito de terrorismo. Así resultará fácil, debido a la orientación fuertemente represiva de la legislación y de sus aplicadores, considerar que quien coloca una bomba lo haya hecho con la intención de colaborar con los fines del movimiento terrorista.

Como último criterio para establecer la diferencia queda el del bien jurídico lesionado. Según los autores del proyecto, "el bien jurídico tranquilidad pública que es lesionado y puesto en peligro por este delito, mediante actos que lesionan otros bienes jurídicos (vida, salud, libertad, patrimonio) es el más adecuado para la concreción legislativa de este delito". Como lo hemos visto respecto al art. 1, esta afirmación no es correcta porque la perturbación de la tranquilidad pública no es un elemento constitutivo del delito de terrorismo. Sólo es mencionada para caracterizar uno de los medios que puede utilizar el delincuente. Comprendidos así los actos previstos en el art. 1 del proyecto, resulta casi imposible imaginar que éstos implican siempre la afectación de la tranquilidad pública como lo afirman los autores del proyecto. No basta que el redactor (**p. 130**) de la ley lo diga para que quien la aplique lo acepte, es necesario que de alguna manera sea también expresado en el texto legal.

La vaguedad de la definición del delito de terrorismo no sólo esta relacionada con las dificultades que existen en describirlo de manera específica. Estas dificultades siempre existiran porque se busca comprender en una sola definición comportamientos diversos. Comportamientos que, de acuerdo a la realidad de la actividad terrorista, constituyen delitos ya previstos en la mayor parte de los casos en la ley. Este catálogo debería ser quizás completado: excepcionalmente, con alguna nueva disposición que describa un comportamiento específico. La creación de nuevos delitos es una vía altamente riesgosa. Un ejemplo claro es lo sucedido entre nosotros y que no evitan los autores del proyecto. Veamos enseguida uno de los aspectos de este problema.

La vaguedad también esta determinada por la manera como se describen y reprimen los demás comportamientos delictuosos relacionados con el delito de terrorismo. Por ejemplo, el hecho de proporcionar alojamiento a terroristas o facilitar su traslado o fuga (art. 2, inc. 2) es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de veinte; la posesión de nitrato de amonio o de elementos que sirvan para su elaboración, con el propósito de utilizarlos en actos de terrorismo, es sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de veinticinco. Si tenemos en cuenta la pena, el primer caso (actos posteriores a la comisión del delito) es reprimido con la misma pena prevista para el delito de terrorismo básico y el segundo (actos preparatorios para la realización del delito) con pena más grave. Con ninguno de estos comportamientos se perturba la tranquilidad pública ni se pone en peligro concreto la vida, la salud, la libertad o el patrimonio de terceros. Tampoco el agente debe recurrir a uno de los

medios indicados en el art. 1. En realidad, estos comportamientos constituyen, por la manera como son concebidos en el proyecto, delitos terroristas tanto o más graves que el delito de terrorismo básico. La definición de este delito queda así desvirtuada por deficiencias en la técnica legislativa e imprecisión de los criterios de política criminal aplicados. Casi nada se avanza, en realidad, respecto a la legislación vigente.

**(p. 131)** Lo mismo sucede respecto al delito de apología del terrorismo (art. 3), según los autores del proyecto se ha modificado su descripción porque "no se puede punir la apología in genere, pues ésta (sic) viola la libertad de expresión". Lo cierto es que la apología del terrorismo puede ser fácilmente considerada como un caso de "incitación al terrorismo" (art. 4), debido a la manera vaga como ha sido definido este delito. Además, resulta curioso que se defina la apología recurriendo al elemento "persona condenada" y, al mismo tiempo, se afirme en la exposición de motivos que el "arrepentimiento de terroristas" fue usado indiscriminadamente provocando una serie de arbitrariedades, tales como la detención y en algunos casos la condena a penas severísimas basadas en las imputaciones de arrepentidos terroristas". La defensa de condenados injustamente puede ser objeto fácilmente de represión por apología del inocente condenado. Así, se abren las puertas para la restricción abusiva de la libertad de expresión.

En cuanto a las penas, el proyecto resulta incoherente y extremadamente severo. Incoherente porque luego de recordar que, según el Código Penal la pena "tiene función preventiva, protectora y resocializadora", así como de afirmar que la cadena perpetua viola la Constitución, prevé penas privativas de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años, no menor de 20 ni mayor de 25 y aún de 25 a cadena perpetua. La posibilidad de la libertad condicional resulta irrisoria si se tiene en cuenta la realidad de nuestras cárceles y la ausencia casi total de todo esfuerzo de resocializar al condenado. Además resulta también severo al absurdo, el reprimir más gravemente - no menor de 20 ni mayor de 25 años - un caso de actos preparatorios de terrorismo (art. 5, posesión de insumos para explosivos) que el delito de terrorismo (no menor de 15 ni mayor de 20 años).

Las buenas intenciones no son suficientes. La exposición de motivos es mejor que el proyecto. En éste no han sido plasmadas todos los criterios expuestos en el primero. Esto no es debido a la incompetencia de los autores sino, en buena parte, al contexto político de nuestro país. Así, es de considerar que la Constitución de 1993 establece un marco rígido y represivo: baste recordar que preve una duración excepcional de la detención preventiva **(p. 132)** practicada por la policía (art. 2, inc. 24, f), que niega de manera absoluta el carácter político del delito de terrorismo (art. 37), que dispone la aplicación del Código de Justicia Militar a los casos de terrorismo (art. 173) y que preve la pena de muerte para sus autores. El aspecto positivo del proyecto es que constituye la demostración más clara de los errores cometidos en el pasado y de la necesidad que existe de enmendarlos.