COMISION DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO
Periodo Anual de Sesiones 2012-2013

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
AREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
13 DIC 2012
RECIBIDO
Firma: Hora: 2:16 p.m.

DICTAMEN CONJUNTO

Señor Presidente:

Ha sido remitido para dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y de la Comisión de Constitución y Reglamento, el **Proyecto de Ley 1464/2012-PE** presentado por el Poder Ejecutivo, en concordancia con el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, que propone incorporar el artículo 316-A al Código Penal, referido al negacionismo de los delitos de terrorismo.

Luego del análisis y debate correspondiente, en su Sesión conjunta del 11 de diciembre de 2012, las comisiones acordaron, por mayoría de los congresistas miembros presentes, **APROBAR** el texto sustitutorio que consta en la parte final del presente Dictamen.

I. Situación procesal

a) Antecedentes

El **Proyecto de Ley 1464/2012-PE** fue presentado a la Oficina de Trámite Documentario el 28 de agosto de 2012 y fue derivado para su estudio y dictamen a las Comisiones de Justicia y Derechos Humanos (primera Comisión) y de Constitución y Reglamento (segunda Comisión), mediante decreto de envío de fecha 03 de septiembre de 2012. Ingresó a ambas Comisiones el 05 de septiembre de 2012.

La proposición legislativa formula una ley modificatoria de adición, ordinaria, que para su aprobación requiere votación ordinaria (mayoría simple). Le corresponde doble votación.

b) Opiniones

Se solicitaron las siguientes opiniones:

- Por Oficio 0180-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 17 de septiembre de 2012, se solicitó opinión al Ministerio Público.
- Por Oficio 0181-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 17 de septiembre de 2012, se solicitó opinión a la Defensoría del Pueblo.
- Por Oficio 0179-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 17 de septiembre de 2012, se solicitó opinión al Poder Judicial. En igual sentido, mediante Oficio 0291-2012-

2013-CJDH-CR, de fecha 10 de octubre de 2012, se solicitó a dicha institución información respecto a todos los casos judicializados a la fecha donde se ha emitido sentencia condenatoria por los delitos de apología del delito y apología del terrorismo.

- Por Oficio 0211-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 20 de septiembre de 2012, se solicitó opinión a McGill University, Canadá.

- Por Oficio 0212-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 20 de septiembre de 2012, se solicitó opinión a Universiteit Utrecht, Holanda.

- Por Oficio 0677-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 10 de diciembre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Paris I – Pantheòn Sorbonne, Francia.

- Por Oficio 0264-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Sociedad Interamericana de Prensa.

- Por Oficio 0268-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Por Oficio 0270-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión al Consejo Constitucional de Francia.

- Por Oficio 0269-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión al Congreso de los Diputados de España.

- Por Oficio 0283-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco.

- Por Oficio 0284-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Nacional de Trujillo.

- Por Oficio 0285-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga.

- Por Oficio 0286-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Católica de Santa María.

- Por Oficio 0266-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión al Instituto Prensa y Sociedad (IPYS).

- Por Oficio 0271-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad de San Martín de Porres.

- Por Oficio 0272-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad de Piura.

- Por Oficio 0282-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Por Oficio 0281-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Nacional Federico Villarreal.

- Por Oficio 0280-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Jaime Bausate y Meza.

- Por Oficio 0279-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

- Por Oficio 0278-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad del Pacífico.

- Por Oficio 0277-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad ESAN.

- Por Oficio 0265-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Sociedad Nacional de Radio y Televisión.

- Por Oficio 0276-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Ricardo Palma.

- Por Oficio 0274-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad de Lima.

- Por Oficio 0275-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

- Por Oficio 0273-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Por Oficio 0267-2012-2013-CJDH-CR, de fecha 03 de octubre de 2012, se solicitó opinión al Consejo de Prensa Peruana.

Se recibieron las siguientes opiniones:

- Por Oficio Nº 6466-2012-SG-CS-PJ, de fecha 23 de octubre de 2012, el Poder Judicial emitió opinión en contra del proyecto de ley, propuso fórmula sustitutoria.

- Por Oficio Nº 6361-2012-2013-CJDH-CR, recibido el 18 de octubre de 2012, el Jefe del Registro Nacional Judicial de la Gerencia de Servicios Judiciales y Recaudación de la Gerencia General del Poder Judicial informó "que en la Base de Datos no [se] cuenta con ninguna condena registrada por delito de apología al terrorismo".

- Mediante comunicación electrónica recibida el 22 de octubre de 2012, el equipo de investigación de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH) manifestó su opinión en contra del proyecto de ley.

- Mediante comunicación recibida el 23 de octubre de 2012, el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) emitió opinión en contra del proyecto de ley.

- Mediante comunicación electrónica recibida el 25 de octubre de 2012, el equipo de investigadores de McGill University (Canadá) encabezado por el Dr. Evan Fox-Decent emitió opinión en contra del proyecto de ley.

- Mediante comunicación electrónica recibida el 25 de octubre de 2012, el equipo de investigadores de Universiteit Utrecht (Países Bajos) emitió opinión sobre el proyecto de ley.

- Mediante comunicación electrónica recibida el 11 de diciembre de 2012, el equipo de investigadores de la Universidad Paris I – Pantheòn Sorbonne (Francia) dirigido por Laurence Burgorgue-Larsen emitió opinión sobre el proyecto de ley.

Por otro lado, el pasado 21 de noviembre de 2012 en la Sala José A. Quiñonez del Congreso de la República, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos realizó una **Mesa Técnica sobre "Negacionismo de los Delitos de Terrorismo y Apología"** con la finalidad de enriquecer el trabajo legislativo, en específico, el proceso de dictamen y debate del proyecto de ley bajo examen a través de opiniones técnicas interdisciplinarias y especializadas; habiéndose abordado –entre otros- los siguientes temas: (i) ¿Las conductas típicas consistentes en negar, aprobar, justificar o minimizar los actos terroristas son incompatibles con el principio de legalidad penal?; (ii) ¿Las consecuencias de una eventual penalización de las declaraciones que nieguen, aprueben, justifiquen o minimicen los actos terroristas son mayores a los beneficios que la disposición penal pretende conseguir, particularmente a través de la prevención de esta clase de actos?; y, (iii) ¿La penalización de estas declaraciones contraviene el derecho, garantizado en el artículo 139, inciso 20) de la Constitución, relacionado con la posibilidad de analizar y criticar las resoluciones judiciales?

A la Mesa Técnica concurrieron: Camilo Suárez López de Castilla, en representación del Tribunal Constitucional, Alex Rueda Borrero y Percy Castillo Torres, en representación de la Defensoría del Pueblo; Gustavo Gutiérrez Ticse y Ángel Delgado Silva, en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros; Roberto Pereira Chumbe, en representación del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS); Jorge Pando Vílchez y José Luis Medina Frisancho, en representación del Ministerio de Justicia; Carlos Ortiz, en representación del Despacho del congresista Octavio Salazar Miranda; y, los expertos independientes Felipe Villavicencio Terreros y Gilmer Alarcón Requejo.

II. Contenido de la Propuesta

El **Proyecto de Ley 1464/2012-PE** tiene por objeto incorporar el artículo 316-A que tipifica el delito de negacionismo de los delitos de terrorismo al CAPÍTULO I – DELITOS CONTRA LA PAZ PÚBLICA del TÍTULO XIV – DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA del Código Penal. La iniciativa legislativa propone la siguiente redacción:

> *"**Artículo 316-A.- Negacionismo de los delitos de terrorismo***
> *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años el que públicamente apruebe, justifique, niegue o minimice los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas, previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475 y establecidos en una sentencia judicial firme, de modo tal que el contenido de esas expresiones resulte idóneo y suficiente para cualquiera de los siguientes fines:*
> *a) Menospreciar, hostilizar u ofender gravemente a un colectivo social.*
> *b) Enaltecer a los responsables de dichos delitos.*
> *c) Propiciar o estimular la violencia terrorista.*
> d) *Sirve como medio para adoctrinar con fines terroristas".*

III. Marco Normativo Nacional

a) Constitución Política del Perú, artículo 2 inciso 4)
b) Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635.
c) Decreto Ley 25475, que establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

IV. Instrumento Internacionales

a) Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.
b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 13 y 32.
c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.
d) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo IV

V. Análisis de la Propuesta

a) Análisis Técnico

1. La adopción de tipos penales como los de negacionismo supone detenerse en el análisis cuidadoso de estas figuras desde la óptica del sistema democrático y de los derechos fundamentales, a partir de entender que, si bien el sistema penal suele ser concebido como una estructura de *ultima ratio*, la particular amenaza que supone el terrorismo invita a diseñar un mecanismo que permita sancionarlo dentro de los límites permitidos por el moderno Estado Constitucional.

2. En ese sentido, corresponde determinar las obligaciones que, emanadas de la

Constitución y de los tratados internacionales, corresponde al Estado peruano en la lucha contra el terrorismo desde un modelo democrático.

i. El terrorismo como forma de violencia ilegítima y de desconocimiento del sistema democrático

3. Las medidas estatales encaminadas a luchar contra el terrorismo no constituyen una suerte de venganza de carácter político. Representan, por el contrario, una manifestación del deber estatal de sancionar a las personas que, con sus conductas, vulneran una serie de bienes jurídicos amparados por nuestra Constitución. Así, no resulta posible equiparar la legítima lucha de grupos políticos que emplean las vías y los mecanismos democráticos para su accionar político, con las acciones violentistas que, lejos de buscar la legitimidad a través de la libre confrontación de ideas y posiciones políticas, pretenden hacerse del poder sin conocer otro mecanismo que no sea la intimidación y la propagación del miedo; por lo que no es posible confundir la motivación o propósito "político" de los grupos terroristas con las acciones que llevan a cabo para tal efecto, las cuales son –las más de las veces- delitos que persiguen generar un estado de zozobra en la población.

4. Esta posición de no dotar de carácter político a la actividad terrorista encuentra fuerte respaldo a nivel internacional. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") ha señalado que existen diversos instrumentos a nivel internacional que obligan a los Estados partes a no considerar ciertos *delitos terroristas* como "delitos políticos", "delitos conexos con un delito político" o "delitos inspirados por motivos políticos", a los efectos de decidir si se otorga o no una extradición ([1]). De hecho, esta exclusión de la calificación de "actos políticos" para los casos de terrorismo implica que, en el marco de un procedimiento, no resulte viable que se alegue la existencia de una persecución en contra de la persona que solicita refugio o asilo político, siendo evidente que el propósito de tales disposiciones convencionales es la lucha contra la impunidad e impedir que, bajo el pretexto de la persecución política, diversos actos que constituyen ilícitos penales no sean debidamente sancionados.

5. Asimismo, no puede dejar de observarse que los actos terroristas ponen en serio riesgo el orden constitucional democrático, toda vez que, al emplear la violencia como método de acceso al poder político, distorsionan el propio sistema democrático por cuanto se coacciona a los miembros de la sociedad a optar por una determinada posición política, representando un serio obstáculo para la existencia misma de la sociedad y el Estado en tanto expresión de la violencia que tiene por objeto atemorizar a la población con la finalidad de obtener determinados beneficios a través de la coacción y la intimidación. En este sentido, la Convención Interamericana contra el Terrorismo expresa que el terrorismo "atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales[,] socavando las bases de toda la sociedad [...]".

6. Independientemente de su fuente u origen o su propósito, lo cierto es que el

[1] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de octubre de 2006, párr. 33.

empleo reiterado de esta clase de violencia como método ha sido objeto de condena por parte de la comunidad internacional, tal y como lo ha expresado la Asamblea General de las Naciones Unidas al señalar que "los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituyen actividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos" ([2]).

7. Y es que el uso de la intimidación como mecanismo de convencimiento, la violencia como herramienta y la búsqueda del poder político a cualquier precio, suponen una seria afrenta al orden constitucional y al Estado, por lo cual se exige la adopción de diversos mecanismos a fin que la política criminal sea efectiva y permita tutelar diversos bienes de relevancia constitucional. Por tal razón, tanto la penalización de los actos terroristas como la adopción de diversos tratamientos carcelarios especializados resultan alternativas empleadas por el legislador que persiguen la protección de determinados bienes de relevancia constitucional y, en buena cuenta, del propio orden constitucional democrático.

8. Es por ello que las medidas especiales que dicte el Estado a través del Congreso de la República o, de ser el caso, al Poder Ejecutivo a través de la delegación de facultades legislativas, debe suponer la existencia de un amplio margen de actuación estatal que tenga como principal límite los requisitos formales y materiales de validez consagrados en nuestra Constitución Política.

9. En principio, la política criminal de lucha contra el terrorismo se condice, además, con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, ya que –a través de la ratificación y puesta en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano de diversos instrumentos internacionales- converge la obligación estatal general de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias a fin de poder dar cumplimiento a lo dispuesto en esos tratados a través de la adecuada tipificación de estas conductas y el establecimiento de sanciones penales adecuadas que tenga en cuenta su carácter grave. Inclusive, no faltan disposiciones en estos tratados que obliguen a que el Estado adopte legislación interna a fin que los actos criminales no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política o ideológica ([3]).

ii. Constitución y democracia: el deber del Estado peruano frente a los actos de violencia política

10. Si bien el sistema democrático supone, desde una óptica procedimental, el respeto de la voluntad de las mayorías, resulta evidente que esta concepción resulta

---

2 Resolución A/RES/60/288 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada en la sesión plenaria del 8 de septiembre de 2006.

3 Cabe hacer mención, entre estos instrumentos, al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (vigente para el Perú desde 10 de diciembre de 2001), Convenio Internacional para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con Bombas (vigente para el Perú desde noviembre de 2001), Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (vigente desde el 5 de agosto de 2001), entre otros instrumentos internacionales.

insuficiente a la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran diversos grupos sociales, hecho que demanda la adopción de medidas afirmativas que equilibren su situación frente al resto de personas, dando lugar a lo que en doctrina se ha denominado "democracia sustancial", la cual supone que el sistema de mayorías –por sí mismo- no es suficiente para tutelar los derechos fundamentales de toda persona sometida a la jurisdicción de un Estado ([4]). Así, la democracia, entendida como sistema y estructura, permite la protección de las mayorías e incluso el de las minorías –en aquellos casos en que el sistema mayoritario pretenda suprimir el contenido esencial de los derechos de éstas-, lo cual fundamenta que el sistema democrático sea un bien social digno de tutela por nuestro sistema constitucional, a la par que, como procedimiento, pueda permitir "asegurar un mayor grado de paz social y de estabilidad política que otros procedimientos" en una lógica donde si en la sociedad es dominante la creencia en la igual dignidad de las personas, es probable que sólo un método democrático sea aceptado como método de gobierno" ([5]).

11. En efecto, nuestra Constitución ha otorgado una especial tutela del sistema democrático. Así, el artículo 3 de la Constitución, relativa a los derechos no enumerados o implícitos, reconoce a la fórmula del Estado democrático de Derecho como una fuente de la cual pueden emanar los referidos derechos fundamentales no reconocidos de manera expresa en el texto constitucional. Del mismo modo, el artículo 43 del Texto Constitucional –indispensable en el análisis de viabilidad de la propuesta legislativa en el presente caso- establece explícitamente que la *"República del Perú es democrática, social, independiente y soberana"* (resaltado no es del original). En términos del Tribunal Constitucional peruano, la "Constitución de 1993 (artículos 3 y 43) establece que la República del Perú es Social y Democrática de Derecho, superando de este modo la concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo no es sólo una cuestión semántica o de términos, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado" ([6]).

12. En consecuencia, y en virtud del principio interpretativo de fuerza normativa de la Constitución, ambas Comisiones dictaminadoras entienden que el Estado peruano se encuentra en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias a fin de salvaguardar la existencia del sistema democrático, lo cual lleva a compartir la afirmación de Habermas en el sentido que "la idea que se pretendía demostrar, la de que la Constitución es, por así decirlo, inherente a la democracia, se impone sin duda por sí misma" ([7]). De esto se colige que cualquier conducta dirigida a eliminar de manera arbitraria el sistema democrático, particularmente a través del uso de la fuerza de forma indiscriminada –como es el caso del terrorismo-, debe ser repelido por parte del Estado peruano dentro de los mecanismos que la Constitución y el ordenamiento permitan.

---

4 Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid, 2001. p. 35.
5 Ferreres Comella, Víctor. Justicia Constitucional y Democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. p. 188.
6 STC peruano N° 00048-2004-PI/TC (f. 1).
7 Habermas, Jurgen. Tiempo de transiciones. Editorial Trotta. Madrid, 2004. p. 147.

iii. Democracia y tolerancia: la legitimidad del accionar estatal frente a actos de violencia

13. En este contexto, surge la duda de si es que acaso la existencia de un tipo penal como el de negacionismo de los delitos de terrorismo no implica una supresión de las ideas de las personas que prediquen la no existencia de estos mismos hechos, lo cual sería, supuestamente, contrario a la tolerancia que siempre debiera estar presente en un sistema democrático; ello dentro de un esquema conceptual en el que se asume a la *tolerancia* como un principio indispensable en cuya virtud se permite la existencia del *pluralismo* en el marco se cualquier sociedad, que permite que la misma se muestre receptora de cualquier tipo de opiniones o acciones que no supongan alguna restricción injustificada de algún derecho fundamental.

14. Sin embargo, diversos cuestionamientos se han construido en torno a las obligaciones que tiene el Estado frente a personas o grupos de personas que realicen acciones o efectúen opiniones contrarias a la esencia de un sistema democrático, intentado subvertirlo. Así, Karl Popper se ha referido a la denominada *"paradoja de la tolerancia"* a fin de demostrar los peligros de la existencia de diversos grupos intolerantes que supriman incluso la posibilidad de la existencia de una libre confrontación de ideas en el contexto de una sociedad enteramente abierta al diálogo ([8]). Partiendo de dicho planteamiento, el alemán Reginald Bassetse ha preguntado "si vamos a permitir a los enemigos declarados de la democracia utilizar la maquinaria democrático con el único propósito de derrocar la democracia" ([9]).

15. Como antecedentes, en 1859, John Stuart Mill dio la voz de alarma sobre los peligros que genera el ejercicio ilimitado de la libertad de expresión, al señalar que "[l]a opinión que afirma que los comerciantes de trigo hacen morir de hambre a los pobres o que la propiedad privada es un robo, no debe inquietar a nadie cuando solamente circula en la prensa; pero puede incurrir en justo castigo si se la expresa oralmente, en una reunión de personas furiosas, agrupadas a la puerta de uno de estos comerciantes, o si se la difunde por medio de pasquines" ([10]).

---

8 "Menos conocida es la *paradoja de la tolerancia*: La tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia. Si extendemos la tolerancia ilimitada aun a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto como ellos, de la tolerancia. Con este planteamiento no queremos significar, por ejemplo, que siempre debamos impedir la expresión de concepciones filosóficas intolerantes; mientras podamos contrarrestarlas mediante argumentos racionales y mantenerlas en jaque ante la opinión pública, su prohibición sería, por cierto, poco prudente. Pero debemos reclamar el *derecho* de prohibirlas, si se necesario por la fuerza, pues bien puede suceder que no estén destinadas a imponérsenos en el plano de los argumentos racionales, sino que, por el contrario, comiencen por acusar a todo razonamiento; así, pueden prohibir a sus adeptos, por ejemplo, que prestan oídos a los razonamientos racionales, acusándolos de engañosos, y que les enseñan a responder a los argumentos mediante el uso de los puños o las armas. Deberemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes. Deberemos exigir que todo movimiento que predique la intolerancia quede al margen de la ley y que se considere criminal cualquier incitación a la intolerancia y a la persecución, de la misma manera que en el caso de la incitación al homicidio, al secuestro o al tráfico de esclavos".
Popper, Karl. La sociedad abierta y sus enemigos. Editorial Paidós. Barcelona, 1981.p. 512.

9 Basset, Reginald. The Essentials of Parliamentary Democracy.Frank Cass & CO LTD. Londres, 1964.p. 200.

10 Stuart Mill, John. Ensayo sobre la Libertad. Traducción de María Ángeles Lavilla Navarro. Colección Biblioteca de Filosofía. Mestas ediciones. Madrid, 2006. pp. 96-97.

16. En el plano estrictamente jurídico-constitucional, se ha denominado *"democracia combativa"* o *"militant democracy"* al sistema según el cual existe el derecho-deber, a cargo del Estado, de defenderse frente a diversos actos que pretendan suprimir el sistema democrático ([11]), postulándose así que determinados métodos subversivos con apariencia democrática, deben ser combatidos en forma categórica y decidida desde la sociedad y del Estado, a partir de la experiencia que ha dejado la Ley Fundamental de Bonn en Alemania desde la posguerra y que pretendía que determinados grupos similares al nacionalsocialismo vuelvan al poder ([12]).

17. Dentro de esta perspectiva, adherirse a la noción de democracia militante implica, en mayor medida, identificar los actos o hechos que pretenden subvertir el régimen democrático y combatirlos con los medios que el propio sistema jurídico dispensa; motivo por el cual no debe sorprender que los Estados utilicen determinados mecanismos que resultan indispensables para el mantenimiento del sistema democrático y el orden constitucional, si bien limitan el ejercicio o goce de algún derecho fundamental. Así, por ejemplo, la Europa de la Posguerra ha desarrollado una serie de limitaciones a la participación política de partidos políticos que prediquen ideas violentistas o que se adhieran a algún ideal o programa similar a los postulados totalitarios de la segunda mitad del siglo XX.

18. Sin embargo, debe quedar claro que estos mecanismos estatales de ninguna manera pretenden imposibilitar el acceso de postulados o ideologías que, aunque sean chocantes o perturbantes, no colisionen con la Constitución, tal y como lo ha referido el Tribunal Constitucional español cuando señala que "cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales" ([13]), afirmación que lleva implícita la idea de que la Constitución es "un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo" ([14]).

19. Desde una perspectiva ideológica, si bien el liberalismo y el pluralismo suponen que exista una diversidad de doctrinas razonables que, en esencia, no rechacen los principios del sistema democrático; como advierte Rawls, también es posible que una sociedad contenga doctrinas comprensivas no razonables, irracionales y hasta absurdas,

---

11 Hinarejos Parga, Alicia. *La prohibición de partidos políticos como mecanismo de defensa del Estado.* En: Revista Teoría y Realidad Constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. N° 10-11, 2° semestre 2002 y 1° semestre 2003. p. 472.

12 El artículo 18° de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, señala:

"Artículo 18 [Privación de los derechos fundamentales]
Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16 a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal".

13 STC español N° 48/2003 (f. 7).

14 STC español N° 11/1981 (f. 7).

en cuyo caso el problema consiste en contenerlas, de manera que no socaven la unidad y la justicia de esa sociedad ([15]).

20. Esta tendencia no solamente ha sido adoptada por los tribunales internos de los países propios de la posguerra, sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –órgano de protección regional encargado de aplicar el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales-, que ha indicado: *"Itis of the essence of democracy to allow diverse political programmes to be proposed and debated, even those that callin to question the way a State is currently organised, provided that they do not harm democracy itself"* ([16]). La postura de este organismo regional supone que, en el marco de un sistema democrático, los Estados se encuentran en la facultad de establecer medidas limitativas de determinados derechos fundamentales, en una lógica en la cual si bien se cuenta con un amplio margen de participación ciudadana dentro de lo razonablemente permitido, aquellas personas o grupos que pretendan atentar contra la democracia no cuentan con la protección necesaria para el ejercicio abusivo y aparente del derecho involucrado.

21. En similar postura, Edward McWinneyafirma –a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en el *caso del Partido Comunista de Alemania*)-, señala: *"to be constitution-adverse, a party must go beyond that and develop an active, combatant, aggressive attitude against the stand to in order, and plainly prejudice the functioning of that order"* ([17]). En efecto, en esta sentencia el referido Tribunal señaló que la prohibición de la existencia de este partido político radicó en que el mismo era incompatible con el sistema democrático y el principio de igualdad, toda vez que pretendía atribuir a su concepción política, el marxismo-leninismo, una validez única y absoluta y solo ve en su oponente político al enemigo al que habría que privar políticamente de sus derechos ([18]).

22. Del mismo modo, se advierte que las manifestaciones o discursos de odio o la apología a la guerra se encuentran prohibidos desde el derecho internacional y suponen una intervención –más no una vulneración- del derecho a la libertad de expresión, siendo precisamente uno de los casos en los cuales se ha debatido la existencia de un límite válido al derecho a la libertad de expresión los tipos penales que sancionan el denominado "negacionismo", por lo que resulta conveniente detenerse a evaluar esta conducta.

---

15 Rawls, John. Liberalismo político. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 2006. p. 12.

16 "Es de la esencia de la democracia el permitir diversos programas políticos que se propongan y debatan, incluso a aquellos que ponen en tela de juicio la forma en que un Estado está organizado, siempre que no perjudiquen a la propia democracia" (traducción libre).
Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso del Partido Socialista Turco vs. Turquía*. Sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 47.

17 "Para ser constitucional adverso, un partido debe ir más allá y desarrollar una política activa, combatiente, de actitud agresiva en contra del orden establecido, lo cual influye claramente en el funcionamiento de ese orden" (traducción libre).
McWinney, Edward. The German Federal Constitutional Court and the Communist Party Decision.Indiana Law Journal. Volume 32, N° 3 (1957). p. 303.

18 Bockenforde, Ernst. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Editorial Trotta. Madrid, 2000. p. 97.

iv. El negacionismo como "escuela" histórica: Evolución y perspectiva antisemita

23. Resulta pertinente hacer referencia al origen de la "escuela" negacionista a fin de evidenciar su desarrollo e impacto en las sociedades en las que existen tipos penales de negacionismo. Para ello, deben determinarse cuáles son los propósitos de las escuelas negacionistas y cómo abordan la investigación de los hechos históricos, a fin de comprender, en mayor medida, los alcances de la propuesta legislativa que ha sido sometido a evaluación por parte de estas Comisiones dictaminadoras.

24. La Segunda Guerra Mundial dejó, dentro de las lamentables pérdidas materiales y morales, un importante legado a la humanidad relacionado con el respeto a la dignidad humana y la lucha frente a cualquier clase de totalitarismo. En ese sentido, como indica Ferrajoli, "fue a partir de aquellas trágicas experiencias que se produjo en Europa, tras la segunda guerra mundial, un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, a través de la constitucionalización de uno y otra" ([19]).

25. A partir de esta idea es que se adoptaron diversas medidas a fin de evitar el resurgimiento, particularmente en Alemania, de algún partido con ideologías similares a las nacionalsocialistas, tendencia que se extendió en la Europa de la segunda mitad del siglo XX.

26. Como corriente opositora al reconocimiento de la gravedad del Holocausto nazi, surgieron diversos autores que intentaron demostrar que, en realidad, el Holocausto no era sino una farsa, y que en realidad no se perpetraron los crímenes tal y como se suele afirmar en la actualidad, exagerándose, incluso, el número de judíos asesinados. A estos autores se les ha denominado *"revisionistas"* o *"negacionistas"* ([20]), ya que, según se afirma, pretenden distorsionar la verdad histórica a través del falseamiento de pruebas con la finalidad de reducir el impacto generado por los totalitarismos existentes en la época de la Segunda Guerra Mundial ([21]), siendo posible afirmar, a partir de la negación aludida, que un elemento central que se ha propuesto evidenciar a propósito del Holocausto es la relevancia de la memoria ([22]).

27. Frente a esta tendencia, la reacción de la comunidad internacional se ha

---

19 Ferrajoli, Luigi. Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Editorial MinimaTrotta. Madrid, 2011). p. 33.

20 En realidad, se prefiere utilizar el término de *"negacionistas"* en lugar de *"revisionistas"*, ya que "cualquier historiador que aporta datos nuevos sobre la base de fuentes nuevas fiables practica, de alguna manera, el revisionismo. Por esa razón los historiadores utilizan el término no equívoco de negacionismo a fin de calificar la empresa de negación de la Shoah, que no tiene nada que ver con un trabajo riguroso de historiador".
Ver: Bovy, Daniel. Prédateurs de la memoire: les négationnismes en questions: Colloque du 8 de mai 2002. Disponible en: www.territoires-memoire.be/pdf/predateurs/pdf. Consultado el 07 de diciembre de 2012.

21 Entre los revisionistas o negacionistas cabe destacar, entre los franceses, a Paul Rassinier, ex miembro del Partido Comunista de Francia. Otros revisionistas conocidos son Robert Faurisson –que, como se evidenciará, sometió un caso ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas-, el británico David Irving y William David McCalden, creador del Instituto para la Revisión Histórica (el conocido *Institute for Historical Review*).

22 Pérez de la Fuente, Oscar. Sobre el Holocausto: El imperativo de la memoria en el ámbito del derecho y de la historia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña. Número 14. La Coruña, 2010. p. 94.

efectuado desde distintos ámbitos. Así, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 61/255, ha manifestado su condena hacia cualquier negación del Holocausto, y también ha instado a los Estados parte a que "rechacen sin reservas cualquier negación del Holocausto como hecho histórico, en su totalidad o en parte, o cualesquiera actividades encaminadas a tal fin ([23]); mientras que en el caso del Consejo de Europa, se ha indicado que: "se considerarán punibles como delitos penales determinados actos cometidos con objetivos racistas o xenófobos, tales como: (...) negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo".

28. De esta forma, se advierte que la negación del Holocausto y de la comisión de delitos en contra de la humanidad representa un serio atentado no solamente en contra de la memoria histórica, sino además supone el quebrantamiento de un deber preventivo respecto de una eventual ocurrencia de hechos de naturaleza o gravedad similar.

29. Sin embargo, en la práctica judicial, no ha bastado la simple negación para condenar penalmente a una persona que hubiera manifestado, públicamente, su opinión en contra de la existencia del Holocausto nazi o de la existencia o no de crímenes de lesa humanidad.

30. En efecto, los tribunales y organismos internacionales parecen demandar la exigencia de requisitos adicionales a fin de configurar el tipo penal de negacionismo. Precisamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tuvo la oportunidad de examinar un caso en que se aplicó la denominada "Ley Gayssot" ([24]), la cual sancionaba penalmente las conductas negacionistas. En efecto, en el caso del negacionista Robert Faurisson, el Comité de Derechos Humanos indicó que "dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo ([25]). Se puede apreciar, pues, que para el referido organismo internacional no bastaba la sola negación del hecho que indicaba el autor, se requería además ejercer alguna forma de antisemitismo.

31. Un enfoque similar respecto del negacionismo ha sido aceptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Garaudy contra Francia,* donde ha afirmado que:

---

23 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. A/RES/61/255, de 22 de marzo de 2007.

24 La ley de 1990 añadía a la ley de 1881 un artículo 24 bis con el siguiente tenor: *"serán castigados con idénticas penas (que las previstas en el artículo 24 relativo a la provocación al odio racial) quienes hayan puesto en duda, por uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o de varios crímenes contra la humanidad, tal como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del tribunal militar internacional anexionado al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, y que han sido cometidos, sea por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho estatuto, sea por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional".*

25 Comité de Derechos Humanos de la ONU. *Caso Robert Faurisson vs. Francia.* CCPR/C/58/D/550/1993. Dictamen de 16 de diciembre de 1996, párr. 9.6.

> "There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history. Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Its proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention" ([26]).

32. Se puede colegir de ambos pronunciamientos que, en los casos de los tipos penales de negacionismo en el contexto de los Estados europeos de la posguerra, se suele exigir un componente antisemita en la conducta de la persona involucrada a fin de percibir los propósitos de su declaración.

33. Del mismo modo, no han faltado pronunciamientos en el sentido en que también debería interpretarse que los tipos penales de negacionismo demandan como requisito la alteración de la paz o del orden democrático. Al respecto, el Tribunal Europeo también ha sostenido que la negación de crímenes en contra de la humanidad, como el caso del Holocausto, supone un acto contrario a los valores fundamentales de la Convención y de la democracia, es decir, de la justicia y de la paz ([27]).

34. Sin embargo, ha sido el jurista Michel Tropper quien ha advertido con notoria lucidez esta problemática al sostener que de "la misma manera que gritar «fuego» en una sala abarrotada no se castiga como un embuste, sino como una acción peligrosa, el negacionismo no es incriminado en tanto que expresión de una opinión mendaz, sino como una mentira que forma parte de una campaña de propaganda antisemita" ([28]). De ahí que En referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (denominada

---

[26] "No puede haber ninguna duda de que negar la realidad de los hechos históricos claramente establecidos, tales como el Holocausto, como hace la demandante en su libro, no constituye una investigación histórica similar a la búsqueda de la verdad. El objetivo y el resultado de ese enfoque son completamente diferentes, el verdadero propósito de ser radica en rehabilitar el régimen nacional-socialista y, como consecuencia, acusan a las propias víctimas de la falsificación de la historia. Negar los crímenes contra la humanidad es por lo tanto una de las formas más graves de difamación racial de los Judíos y de incitación al odio contra ellos. La negación o la reescritura de este tipo de hechos históricos socava los valores en que se basa la lucha contra el racismo y el antisemitismo, y constituye una amenaza grave para el orden público. Tales actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos, ya que infringen los derechos de otros. Sus defensores indiscutiblemente tienen diseños que entran en la categoría de los fines prohibidos por el artículo 17 de la Convención" (traducción libre).
Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Garaudy vs. Francia*. Decisión de admisibilidad de 7 de julio de 2003.

[27] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Janowiec y otros vs. Rusia*. Sentencia de 16 de abril de 2012, párr. 165.

[28] Troper, Michel. Derecho y Negacionismo. La Ley Gayssot y la Constitución. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Nueva Época, Volumen 2. España, 2001. p. 978.

también "Pacto de San Josè"), no solo prohíba el discurso de odio en sentido estricto, sino también cualquier discurso que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal; lo cual abona al marco que permite que, el contenido del discurso no debe estar sujeto a la exigencia de responsabilidades ulteriores per se, sino cuando este sea un potencial generador de efecto nocivos ([29]). De igual modo, el artículo 13. 2. b) del Pacto de San José reconoce que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión está sujeto a responsabilidades ulteriores necesarias para asegurar "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

35. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "CorteIDH) ha señalado que "la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa" ([30]). Para ello, el Estado tiene que dotar a las personas de los medios para establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias a fin de respetar y salvaguardar los derechos fundamentales, estableciendo que "no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones" ([31]); por lo que, en el presente caso, la limitación al derecho a la libertad de expresión encuentra fundamento en el derecho internacional.

36. En efecto, como conclusión podemos afirmar que lo que se encuentra prohibido no es el hecho de negar los hechos ocurridos en el contexto de los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, sino que además se ha mandado la existencia de algún componente discriminatorio que pueda evidenciarse de la conducta desplegada por el autor del delito. Y la negación, con estos propósitos, no puede ser tutelada por el derecho a la libertad de expresión.

v. El negacionismo como discurso de odio: límite a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento

---

29 El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala:
"Artículo 10.- Libertad de expresión
[...]
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

30 *Cfr.* Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; y Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 46.

31 *Cfr.* Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177; y Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 55.

37. El negacionismo referido al Holocausto forma parte de una estrategia de lucha contra la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones. Así, el negacionismo es entendido como un discurso de odio y debe ser excluido tajantemente del ámbito de protección de la libertad de expresión pues atenta contra la dignidad de las víctimas y supone promover el odio y a la discriminación de los judíos. Inclusive, en el derecho francés cuando los supuestos de excepcionalidad para restringir la libertad de expresión quisieron ampliarse al Holocausto armenio creando un delito específico para perseguir este hecho, Consejo Constitucional Francés declaró la inconstitucionalidad de dicho proyecto de ley por considerarlo desproporcional y vulneratorio de las libertades comunicativas ([32]).

38. Dicho esto, no debe asumirse *prima facie* la improcedencia de la propuesta legislativa bajo el argumento que el negacionismo no puede ser ampliado a otros supuestos distintos al Holocausto judío, debiéndose efectuarse: (i) un análisis de los hechos que siendo materia de negativa incitan a la violencia, y (ii) una revisión a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado peruano debido a la ratificación o adhesión a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

39. En relación a las conductas que se alegan como sujetas a merecimiento de reprochabilidad penal, es importante señalar que el accionar terrorista en el Perú trajo consigo un gran número de víctimas de delitos como asesinatos, masacres y desapariciones forzadas, entre otros, que ofendieron la conciencia universal y constituyen "crímenes de lesa humanidad", los mismos que han sido definidos por el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) ([33]) como aquéllos cuya comisión se efectúa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

40. Por tanto, negar la existencia del delito de terrorismo es asimilable a una de las finalidades de los tipos penales de negacionismo del Holocausto: reprimir la ofensa a la memoria de las víctimas y sus familiares en relación con estos hechos y, de esta manera, prevenir la repetición crónica de tan execrables hechos.

41. Por otro lado, en lo relativo a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales el Perú es parte, existen distintas disposiciones sobre el discurso de odio y el modo en que los Estados parte deben prohibir dichas expresiones: la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda la Discriminación Racial ([34])

---

[32] "Declaran inconstitucional la ley francesa sobre negación del genocidio armenio". Disponible en: http://www.rnw.nl/espanol/bulletin/declaran-inconstitucional-la-ley-francesa-sobre-negaci%C3%B3n-del-genocidio-armenio. Consultado el 07 de diciembre de 2012.

[33] Disponible en: http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf. Consultado el 07 de diciembre de 2012.

[34] "Artículo 4:
Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la

(firmada por el Perú el 22 de julio de 1966 y ratificada el 29 de septiembre de 1971); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([35]) (firmado por nuestro país el 11 de agosto de 1977 y ratificado el 28 de abril de 1978); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos ([36]) (firmada por el Perú el 27 de julio de 1977, ratificada el 12 de julio de 1978 y hecho el depósito del instrumento el 28 de julio de 1978). Por otro lado, debe agregarse que nuestro país ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 10 de noviembre de 2001, en cuyo artículo 25, inc. 3, lit. "e" se proscribe la conducta de instigar directa y públicamente a la comisión de genocidio.

42. En dichos instrumentos internacionales se agrega a la expresión de frases o discursos, el requisito de idoneidad para la "incitación", es decir, el discurso apologético del odio debe ser capaz de estimular a un colectivo de individuos para que se haga algo, requiriéndose, además, que la incitación sea "pública" y que se consuma con la mera "conducta de incitar", a diferencia de la inducción ([37]) o la instigación, que no requiere la ejecución de un hecho determinado sino un "peligro claro y actual" de que este se cometa. En nuestro ordenamiento jurídico, las conductas idóneas para la incitación pueden subsumirse en el artículo 6 del Decreto Ley Nº 25475 que penaliza al incitador de cualquiera de los actos que comprende el delito de terrorismo es condenado a pena privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de veinte.

43. Sin embargo, en la propuesta legislativa se hace referencia a la conducta consistente en "promover" a fin que los hechos sancionados no se confundan con la incitación en los términos del artículo 6 del Decreto Ley Nº 25475. Este verbo rector no es ajeno a la terminología empleada por el Código Penal, donde se advierten diversas dispositivos en los que el verbo rector consisten en **promover** un hecho delictivo, tal y como sucede con los artículos 153 (trata de personas), 179 (favorecimiento de la prostitución), 181-A (explotación sexual comercial infantil), 183-A (pornografía infantil), 198 inciso 3 (administración fraudulenta), 296 (promoción o favorecimiento del tráfico ilícito de drogas), entre otros.

Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella".

[35] "Artículo 20:
1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

[36] Artículo 13.5: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

[37] El Código Penal peruano tipifica la inducción en diversos delitos de la parte especial. Entre otros, los señalados en los artículos 148, 148-A, 302, 382, 359 y 409-A.

44. En relación al bien jurídico protegido, ya se ha señalado anteriormente que el delito de negacionismo del terrorismo busca proteger la dignidad de las víctimas del terrorismo. Además, la proposición referida optimiza otros bienes jurídicos tales como la "seguridad nacional", concepto jurídico respecto del cual el Tribunal Constitucional peruano ha señalado, en la STC Nº 00005-2001-AI/TC, que se trata de un "bien jurídico íntimamente vinculado a la *Defensa Nacional*, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden público interno". Así las cosas, el Tribunal ha afirmado que "el concepto de *Seguridad Nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana*. Aquélla implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático, como se expresó en la vigésima cuarta reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos, este 20 de setiembre de 2001. Supone, pues, un elemento político o una ideología que se pretende imponer, y sólo puede equipararse a la *seguridad ciudadana* por excepción o emergencia, cuando ésta es perturbada gravemente. La *seguridad ciudadana* normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la *seguridad ciudadana*, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología".

45. Por tanto, la libertad de expresión no debe ser entendida, en todos los casos, como una libertad preferente cuyo contenido deba primar ([38]), sino como una herramienta para el afianzamiento del sistema democrático en tanto contribuye a la consolidación de una opinión libre; razón por la cual deberá analizarse –en cada caso específico y mediante un *juicio de ponderación* o un test tripartito de proporcionalidad- su optimización frente a otros derechos o bienes jurídicos constitucionales.

46. En similar sentido, el Tribunal Constitucional peruano –en la STC Nº 06712-2005-HC/TC- ha señalado que:

> "40. Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred fredoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.
>
> Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación

[38] Burgos, Betzabé. La posición preferente de la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. Monografía [en línea], pág. 353. Disponible en: http://www.jurisprudencia.pe/upload/iblock/3eb/3eb31e8466339c6947d48df269098c19.pdf. Consultado el 11 de diciembre de 2012.

adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos)".

47. A lo señalado, debe agregarse, en concordancia con las causas de inimputabilidad del artículo 20° inciso 8 del Código Penal, que está exento de responsabilidad penal por la figura de negacionismo el que obra "por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo" cumpliendo, por ejemplo, con actividades informativas o relacionadas con el ejercicio profesional del abogado; lo cual supone que cualquier periodista, medio de comunicación social, o persona que difunda los hechos negados por los sujetos activos del delito de negacionismo de los delitos de terrorismo no sea sancionado penalmente, al menos que intente promover, con la difusión, la realización de los delitos de terrorismo.

b) Análisis de las Opiniones recibidas

Por Oficio N° 6466-2012-SG-CS-PJ, de fecha 23 de octubre de 2012, remitido a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el Poder Judicial emitió opinión en contra del proyecto de ley. En esencia, estimó que en el Código Penal vigente existen delitos mejor estructurados y comprensibles como el de Apología del Delito y del Delincuente, tipificado por el artículo 316. Del mismo modo, señala que existe ambigüedad y amplitud de los componentes típicos y normativos que son utilizados en el proyecto.

Mediante comunicación electrónica recibida el 22 de octubre de 2012 por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el equipo de investigación de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH) manifestó su opinión en contra del proyecto de ley, e indicó que es violatorio del principio de legalidad en materia penal, contraviniendo normas constitucionales. Del mismo modo, estimó que el proyecto podría operar como un inhibidor, penalizando expresiones que serían claramente de opinión. Finalmente, estima que se afectaría el principio de igualdad, toda vez que no se sancionaría conductas similares cometidas por funcionarios del Estado.

Mediante comunicación recibida el 23 de octubre de 2012 por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) emitió opinión en contra del proyecto de ley. En esencia, consideró que representaba una amenaza a la libertad de opinión, así como al derecho de análisis y crítica de las resoluciones judiciales.

A través de comunicación electrónica recibida el 25 de octubre de 2012 por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el equipo de investigadores de McGILL UNIVERSITY (Canadá) encabezado por el Dr. Evan Fox-Decent ([39]) emitió opinión en contra del proyecto de ley. En ese sentido, recomendó que la utilización de la vía penal sea en función del delito de incitación al terrorismo, pues la propuesta debe tener algunos

[39] El equipo de investigación estuvo conformado por Jean-Paul Saucier Calderón, Eliana Rosas Aguilar, Jacinthe Poisson, Leslie Ning, Marlie Bélanger, Jeanne Robert y Timothée Labelle.

elementos de apología y otros de incitación. Del mismo modo, indicó que la propuesta legislativa contiene algunos elementos de incitación. Finalmente, señaló que las fuentes formales del derecho invitan a afirmar que el proyecto de ley es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

Mediante comunicación electrónica recibida el 25 de octubre de 2012 por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el equipo de investigadores ([40]) de UNIVERSITEIT UTRECHT (Países Bajos) emitió opinión sobre el proyecto de ley, e indicó que la libertad de expresión, al ser un derecho indispensable para la realización de otros derechos, requiere mayor precisión y prudencia en su limitación. Por ello, recomendó que en el proceso legislativo se ponderen los efectos que tendrá cualquier limitación, para evitar que se convierta en una práctica regresiva para la protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, mediante comunicación electrónica recibida el 11 de diciembre de 2012 por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, se recepcionó una opinión jurídica sobre sobre el proyecto de ley de negacionismo, elaborada por el GROUPE D'ETUDES EN DROIT INTERNATIONAL ET LATINO-AMÉRICAIN (GEDILAS) de la UNIVERSIDAD PARIS I – PANTHÉON SORBONNE (Francia) dirigido por Laurence Burgorgue-Larsen ([41]), Profesora de Derecho Público en la Escuela de Derecho de dicha Casa de Estudios. La opinión postula que la penalización del negacionismo solo será procedente, en tanto y en cuanto, se superen "aspectos determinantes de la proporcionalidad en la tipificación".

c) Análisis Costo Beneficio

La adopción de tipos penales como el de negacionismo de los delitos de terrorismo, supone dotar de una herramienta importante al Estado para enfrentar la actual estrategia adoptada por organismos de fachada de grupos terroristas. Se contribuye a la lucha contra la subversión y a la seguridad y tranquilidad de la ciudadanía.

El Ministerio Público y el Poder Judicial, para perseguir y sancionar el delito, deberán implementar los mecanismos adecuados en materia probatoria con la finalidad de que este tipo penal cumpla idóneamente con los fines de combate al terrorismo y prevención de la repetición crónica de estos execrables hechos.

De esta manera, los operadores de justicia deben incidir en la materia probatoria para que la norma propuesta no sea sólo simbólica, entendido el Derecho Penal "Simbólico" como el "predominio que se produce en éste de los efectos simbólicos sobre los efectos instrumentales" y que tiene como efecto la "deslegitimación de la intervención penal" ([42]).

---

[40] El equipo de investigación estuvo conformado por el LLM candidate, Ignacio Álvarez-Rio y la PhD candidate Diana Contreras-Garduño.

[41] El equipo de investigación estuvo conformado por Rosmerlin Estupiñán Silva, Juana María Ibáñez Rivas, Martín Nicolás Montoya Céspedes y Ruitemberg Nunes Pereira.

[42] Díez Ripollés, José Luis. El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena. Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Biblioteca Jurídica Virtual [en línea]. Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm. Consultado el 09 de diciembre de 2012.

VI. Conclusión

Por las consideraciones expuestas y de conformidad a lo establecido en el inciso b) del Artículo 70 del Reglamento del Congreso de la República, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y la Comisión de Constitución y Reglamento recomiendan la **APROBACIÓN** del Proyecto de Ley 1464/2012-PE, con el siguiente texto sustitutorio:

TEXTO SUSTITUTORIO

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 316-A AL CÓDIGO PENAL, REFERIDO AL DELITO DE NEGACIONISMO DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Artículo 1.- Incorporación del artículo 316-A al Código Penal
Incorporase el artículo 316-A al Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo 635, con el texto siguiente:

> **"Artículo 316-A.- Negacionismo de los delitos de terrorismo**
> Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente niegue cualquiera de los delitos de terrorismo previstos en el Decreto Legislativo 046, el Código Penal de 1924 modificado por las Leyes 24651 y 24953, y el Decreto Ley 25475, o la calidad de autor o partícipe de una persona respecto de esos delitos, establecidos en sentencia judicial firme, con la finalidad de promover la comisión de los delitos de terrorismo o apología del terrorismo o sirva como medio para adoctrinar para fines terroristas.
> Si la negación se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, imponiéndose trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal".

Lima, 11 de diciembre de 2012