

El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú

BERLY GUSTAVO CANO SUÁREZ

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad Católica de Santa María. Arequipa-Perú

RESUMEN

El Derecho cuyo principal objeto es regular conductas en sociedad, en aras de mantener la paz y tranquilidad en un marco de respeto y defensa de la Constitución y de la legalidad, permite formular interrogantes tales como: ¿Se puede delimitar el pasado de un país y configurarse en una sola verdad histórica real y absoluta? ¿Puede producirse un conflicto jurídico entre la libertad de opinión y la aplicación vasta e imprecisa de una norma legal que sanciona el negacionismo referido a delitos de terrorismo u otros? ¿La estabilidad democrática se afectará con la dación y vigencia de normas en ese sentido promulgadas? ¿Cuál es el verdadero origen y alcances en la configuración normativa del tipo de negacionismo? ¿Existen medios alternativos alejados del instrumento penal para conservar la memoria histórica y de esa manera no desvirtuarla en aras de afectar intereses jurídicos? Las respuestas a tales interrogantes se tratan de pergeñar en este artículo.

Palabras clave: *Negacionismo, democracia, historia, terrorismo, verdad, normativa.*

ABSTRACT

The law whose main purpose is to regulate behavior in society in order to maintain peace and tranquility in a framework of respect and defend the Constitution and the law, can ask questions such as: Can you define a country's past and configured in one real and absolute historical truth? Can there be a legal conflict between freedom of opinion and the vast and vague application of a law which punishes the denial referred to terrorist offenses or other? Does it affect democratic stability with the enactment and enforcement of rules promulgated in that sense? What is the true origin and scope in the configuration rules such denial? Are there alternative means

away from criminal instrument to preserve historical memory and thus distort it in order not to affect legal interests? Answers to such questions is concoct in this article.

Keywords: *Negacionism, democracy, history, terrorism, true, law, rules.*

SUMARIO: I. Introducción. 1. Lineamientos históricos generales que marcan la génesis del delito de negacionismo en el área internacional. 2. Deslinde conceptual de negacionismo, antinegacionismo y revisionismo histórico. 3. Una mirada a la realidad peruana. Proyecto de ley del Negacionismo. 3.1. Estructura típica del delito de negación del terrorismo. 3.2. Entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar cualquiera de los cuatro fines taxativamente propuestos por la norma. 3.3. Derecho fundamental: libertad de expresión y opinión. 3.4. Del análisis y crítica al proyecto de ley de Negacionismo de delitos de terrorismo. 3.5. De la vía alternativa referida a otros medios extrapenales. 4. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

1. **Lineamientos históricos generales que marcan la génesis del delito de negacionismo en el área internacional**

El mentado delito nació dentro de una corriente del pensamiento pseudohistórico que propendió a reinterpretar los hechos acaecidos en un determinado espacio-tiempo. Es así que el término negacionismo o «négationnisme», éste último en francés, fue acuñado por Henry Rousso en su obra *The Vichy Syndrome* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), vocablo que cobró paulatinamente importancia por el interés de tutelar bienes jurídicos que se indica han de ser amparados por el Derecho Penal (1), buscando reprimir conductas negacionistas que asumen determinados individuos que no vacilan en desarrollar denodados esfuerzos para cambiar deliberadamente el curso de la historia, minimizando, negando o haciendo caso omiso de hechos criminales innegables que han afectado gravemente a la sociedad y al Estado y de esa forma, obtener una reescritura de la historia,

(1) Según Koenraad Elst, el negacionismo significa la negación histórica de los crímenes de lesa humanidad. No se trata de una reinterpretación de los hechos conocidos, sino la negación de los hechos conocidos. El término negacionismo ha ganado popularidad como el nombre de un movimiento que niega un crimen de lesa humanidad: el genocidio nazi de los Judíos en 1941-45, también conocido como el holocausto (griego: sacrificio de fuego) o la Shoah (hebreo: catástrofe). El negacionismo es mayoritariamente identificado con el esfuerzo de re-escribir la historia de tal manera que el hecho del Holocausto se omita.

negando lo innegable y auspicando se repitan nefastos sucesos similares a los acaecidos históricamente y que tratan, con intención y voluntad, de ser negados.

Verificamos la aparición del negacionismo con ocasión del holocausto acaecido en la época de la segunda guerra mundial y que marcó un hito importante en la historia, registrándose crímenes de lesa humanidad perpetrados con insania por quienes liderando un país, Alemania, e imbuidos en la histeria de un nazismo hitleriano recalcitrante, incurrieron en un genocidio. Tal situación real y repugnante generó la aparición posterior de personas que en ese y otros países, bajo la perspectiva de justificar lo que no tenía posibilidad de descargo alguno, asumieron el rol de reinterpretar los hechos acaecidos en Europa entre los años 1941 y 1945, acatando la doctrina según la cual el genocidio practicado en agravio de los judíos no existió, sino que fue producto del mito, de la fabulación o del fraude (2).

En general, la tesis de tal reinterpretación propendió seriamente a cuestionar o negar el asesinato en masa del cual fue víctima el pueblo judío y otras minorías bajo el Tercer Reich y los países ocupados por éste entre 1933 y 1945 y que marcó internacionalmente la aparición del delito de genocidio, genticidio o genixicidio.

El eje común de esta corriente se plasmó en el rechazo de hechos históricos comprobados, tales como que el régimen nazi tuvo y desarrolló un plan deliberado de exterminar a los judíos o a otros grupos étnicos, muriendo millones de ellos apelándose a dispositivos funcionales para su desaparición masiva, tales como las cámaras de gas, cámaras incineradoras y otros que se ubicaban en los llamados campos de exterminio.

Se verifica que en el negacionismo, se identifican dos posturas en función del grado en que se nieguen hechos históricos vinculados con el llamado holocausto; una que indica es totalmente falso se hubiere producido un asesinato masivo y por consecuencia, califica de falaces las expresiones que señalan estuvo probado la existencia de cámaras de gas y otros elementos de procurar muerte masiva y cruel y la otra, que no niega en sí el genocidio ni los instrumentos utilizados para tal fin, sino que rescata la inocencia e irresponsabilidad de Hitler, asegurándose no tuvo él conocimiento sobre las ejecuciones acometidas en masa; connotando que fue el escritor británico David Irving quien enarboló tal tesis (3) aseverando de manera contundente que: «Hitler

(2) Artículo sobre la negación del Holocausto. Un problema de metodología histórica.

(3) Irving, David, *Hitler's War (La Guerra de Hitler)*, *passim* (hay edición on line en (www.fpp.co.uk/books/Hitler/2001/HW_Web_dl.pdf))

fue víctima de sus subordinados», «fue víctima de las circunstancias», «no se le puede imputar responsabilidad sobre hechos que él desconocía», o «escapaba de su marco de actuación». «El Holocausto sería un mito creado inicialmente por los Aliados para satanizar a los alemanes. Los judíos habrían difundido este mito como parte de un complot con la intención de permitir la creación de un hogar nacional judío en Palestina y para continuar apoyando actualmente al Estado de Israel». «Adolf Hitler y el nazismo serían inocentes, al menos, del crimen de genocidio contra el pueblo judío» (4).

El nombrado escritor expresó tales ideas en muchas entrevistas y publicaciones incluso por medio de la prensa escrita y televisiva, sobre todo en países en los que aún no se había positivamente tipificados en sus ordenamientos legales el delito de genocidio y menos aún el de negacionismo. Estando al sinnúmero de activas expresiones públicas vertidas por Irving negando autoría a Hitler y a su comando central por la matanza de judíos en el marco de la Segunda Guerra Mundial, fue condenado en Austria a la pena de prisión por un año el año 1989 (5), calificando su arresto y proceso penal como una vulneración a su libertad de expresión y opinión.

En las páginas de la historia, no se puede dejar de mencionar el caso de la pertinaz negación del genocidio armenio que significó una refutación de los acontecimientos ocurridos en el Imperio Otomano después del 24 de abril de 1915 y los efectos de la Ley Tehcir de mayo

(4) De acuerdo al Proyecto Nizkor, los negacionistas políticamente motivados utilizan técnicas para respaldar sus argumentos que no siempre se perciben para los no especialistas. Nizkor Project (que significa «recordaremos»), ha recopilado la colección más grande de materiales relacionados con el Holocausto que se puede encontrar en Internet –literalmente miles de documentos–. Su objetivo es ofrecer una refutación punto por punto de los materiales de la negación del Holocausto de sitios web revisionistas y antisemitas. Robert L. Hilliard y Michael C. Keith. *Waves of Racism: tuning in the radical right*, Me Sharpe, 1999, p. 250.

(5) Caso Irving: En 1998, el más conocido de los negacionistas del Holocausto, David Irving denunció a la investigadora norteamericana Deborah Lipstadt y la Editorial Penguin por incluirle en su libro «Negando el Holocausto» Irving se sirvió de la legislación británica para poner una denuncia por difamación. Lipstadt le acusaba en su libro de dar informaciones tendenciosas y le definía «como uno de los más peligrosos negacionistas». El objetivo de David Irving era silenciar las críticas y dar amplia publicidad a sus puntos de vista a través del juicio. Los negacionistas suelen recurrir a la libertad de expresión con el fin de difundir sus ideas como igualmente legítimas que las de otros. Gracias al trabajo de Lipstadt y otros historiadores, la denuncia de Irving fue rechazada. En noviembre de 2005 fue arrestado en Austria cuando se disponía a dar una conferencia a un grupo de estudiantes de ultraderecha. Fue acusado de negar la existencia de las cámaras de gas en Auschwitz en un discurso y en una entrevista concedida en 1989. Pasó un año en prisión. Fuente: Jones, Adam. *Genocidio, Una Introducción Comprensible: Routledge, 2006.*

de 1915 que generaron un genocidio organizado por el Estado contra la población armenia del mentado imperio.

Se rememora que los gobernantes de la República de Turquía negaron persistentemente que las autoridades otomanas intentaran siquiera eliminar al pueblo armenio y si bien admitieron que muchos componentes de ese pueblo fallecieron en la Primera Guerra Mundial, se sostuvo que al igual que aquéllos, murieron por igual turcos, generándose sendas y recíprocas masacres entre los protagonistas del conflicto y bajo el calor de una violencia inter-étnica y el clima conflictual que produjo la señalada guerra mundial.

Francia reconoció no sólo la realidad del genocidio armenio, sino que además, se manifestó contundente y diáfana en contra del negacionismo que empezó a cundir sobre tales hechos, arguyendo eran equívocos cuando se acreditó que eran inequívocos. Se promulga en Francia la ley de negacionismo en la circunstancia temporal que el líder de su Frente Nacional, Jean-Marie Le Pen fuese condenado en 1997 y en otras varias ocasiones por delitos de complicidad en el delito de apología de crímenes de guerra y contra la humanidad y en razón de haber emitido elogios a las posturas antisemitas y a los procedimientos empleados en su pragmatización, rememorándose cuando aquél al hacer mención a las cámaras de gas, expuso que simplemente constituyeron un «detalle de la historia» (6).

España en su Código Penal de 1995 (7) previó en el artículo 607º la tipificación del delito de genocidio, comprendiendo la punición a la conducta que importase la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, fijando una pena de prisión menor de uno a dos años. Tal previsión legal en amplitud de su comprensión fáctica abarcó toda clase de acciones que tuvieran como objeto realizar actos genocidas, siendo que la amenaza de sanción a la conducta de negar la realidad producida de tales actos mereció un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que al pronunciarse sobre el término «nieguen», estimó que tal calificación delictiva devenía en inconstitucional, lo que ocurrió el año 2007 (8). Dicho pronunciamiento se sustentó en que la previsión

(6) Condenan a Le Pen por apología del nazismo, *20 minutos*, 8 de febrero de 2008.

(7) Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.12t24.html#a607 (Abril, 2012).

(8) Declarada inconstitucional y nula la inclusión del expresión *nieguen o* por Sentencia n.º 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, del Tribunal Constitucional.

penal legal de sancionar el negacionismo vulneraba el derecho a la libertad de expresión (9).

Sin embargo, ello no ha impedido que España sancione los actos antinegacionistas al haberse adherido a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, relativa a «la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal (10).

Estados Unidos pese a ser el país en el que se creó y funciona el Institute for Historical Review (Instituto para la Revisión Histórica) que es considerado como la principal organización negacionista del mundo, adopta una postura de no criminalizar el negacionismo y por ende, estima que las disposiciones emitidas por el Consejo de Europa no son compatibles con su ordenamiento constitucional rechazando la suscripción internacional de protocolos.

Se verifica, por ende, una notoria ausencia de uniformidad en el contexto internacional sobre si debe ser o no punible el negacionismo, debiendo sí precisar que en aquéllos Estados que lo consideran legalmente como delito, consideran como conducta que ingresan en el tipo

(«BOE» n.º 295. Suplemento, de 10 de diciembre de 2007). Disponible en: <http://bcn.cl/cs7q> (Abril, 2012).

(9) Cooper, Norma, en Revista del Medio Oriente. «La libertad de prensa frente al negacionismo del Holocausto: España, El Mundo y David Irving». Disponible en: <http://bcn.cl/cs81> (Abril, 2012).

(10) En Alemania negar el holocausto es delito y esta filosofía es la que muy recientemente el partido UPyD quiere trasladar al ordenamiento jurídico español, lo que discutirá el Parlamento a través de una proposición no de ley del grupo que dirige Rosa Díez. Se trata de castigar el negacionismo ya sea sobre «los crímenes de ETA o sobre los del franquismo», explican en UPyD. Sus autores no ocultan su preocupación ante el intento «de la izquierda abertzale de negar la existencia de los crímenes y, por ende, de la propia democracia en España». Este grupo considera que no es excusa la apelación a la libertad de expresión que aunque esta supone un eje central en los regímenes democráticos modernos con la consideración de derecho fundamental, este «no puede suponer un derecho absoluto, sino que debe someterse a ciertos límites». El debate lo va a propiciar UPyD y tendrá apoyo aunque el resultado aún es incierto. Este grupo quiere que se cree un delito para el negacionismo a fin de evitar que «se reinterpreten los crímenes tanto de ETA como del franquismo» y, además, que se castiguen «las conductas lesivas para la convivencia en una sociedad democrática». Negar la existencia de crímenes supone «un comportamiento execrable» que debe ser castigado. Para UPyD, un «ejemplo paradigmático» de este fenómeno es la negación del holocausto nacionalsocialista, que defiende la no existencia del genocidio practicado por la Alemania nazi contra los judíos y los gitanos. Artículo: *El Congreso debatirá que sea delito negar los crímenes de ETA y del Franquismo*. Artículo de Anabel Díez, publicado en el Diario «El País», Madrid, España (24/06/2013). Esto es un hecho realmente descabellado, que no se puede permitir porque pondría en peligro la seguridad y tranquilidad del País Vasco, es la opinión que fluye de los órganos de prensa consultados.

la ridiculización u ofensa a las víctimas de delitos de lesa humanidad, la difamación de la memoria de los muertos, la incitación popular, instigación al odio racial, negación de asesinatos colectivos en el cuadro del genocidio y del terrorismo, como la negación puntual del exterminio judío (11).

2. Deslinde conceptual de negacionismo, antinegacionismo y revisionismo histórico

Negacionismo es un término empleado para describir un fenómeno cultural, político y jurídico que se manifiesta en comportamientos y discursos que tienen en común la negación, al menos parcial, de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente y que se valoran como actos que encierran una máxima injusticia y por tanto, son objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial para la determinación de las responsabilidades que se derivan de ellos y de la aplicación de sus consecuencias con criterio de proporcionalidad y legalidad (12).

El negacionismo es pues una distorsión ilegítima del registro histórico de tal manera que ciertos eventos aparezcan de forma más favorable o incluso, desfavorable (13).

En cambio, el revisionismo histórico se ocupa de la corrección legítima del conocimiento existente sobre eventos ciertos y comprobados acaecidos en el tiempo pasado y supone un intento de crítica a los dogmas establecidos, que de modo alguno puede ser conceptual

(11) La Jornada, 21 de febrero de 2006.

(12) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Christian Fintersbusch. Asesoría Técnica Parlamentaria.

(13) Berger, Ronald J. *Fathoming the Holocaust: A Social Problems Approach*. Aldine de Gruyter. Nueva York, p. 154 «Las dos exposiciones críticas más importantes de negacionismo del Holocausto en los Estados Unidos fueron escritas por historiadores Deborah Lipstadt (1993), Michael Shermer y Alex Grobman (2000). Estos académicos hacen una distinción entre revisionismo histórico y negacionismo. Desde su perspectiva, el revisionismo conlleva un refinamiento del conocimiento existente sobre un evento histórico, no una negación del evento en sí, que viene por medio del análisis de nueva evidencia empírica o una reexaminación o reinterpretación de la evidencia existente. El revisionismo histórico legítimo reconoce un "cierto cuerpo de evidencia irrefutable" o una "convergencia de evidencia" que sugiere que un evento —como la plaga negra, la esclavitud norteamericana o el Holocausto— en realidad ocurrió (Lipstadt 1993:21; Shermer & Grobman 200:34). Por otro lado, la negación rechaza todos los cimientos de la evidencia histórica.»

como una forma de negacionismo que busque refutar la realidad de hechos no sólo reconocidos sino fatalmente acreditados (14).

El antinegacionismo se le entiende como una conjunción de ideas y prácticas que niegan toda actitud y actividad de justificación moral y/o legal del negacionismo y una postura de combatir la negación de delitos de lesa humanidad y con especificidad del genocidio, invocando se erija internacionalmente un consenso plasmado en cuerpos mundiales de carácter penal que tipifiquen como delito la conducta mentada de negar la realidad de tales ilícitos, debiendo la represión penal en ser el medio eficiente y eficaz que permita la ejecución de una preciada acción política que administre con énfasis y justicia un continente vasto de acciones de prevención (15).

3. Una mirada a la realidad peruana. Proyecto de ley del Negacionismo

Como producto del paso inexorable del tiempo, de intentos de lograr un reconocimiento oficial como partido político de una agrupación conformada por integrantes y ex integrantes cuanto de simpatizantes y de seguidores ideológicos de organizaciones que mediante acciones de terrorismo asolaron el país y bajo el lema de que dicho delito, aunque la Constitución Nacional lo niegue expresamente y la realidad lo confirme, es un ilícito político social, de una peculiar coyuntura socio política nacional en la que la ausencia de partidos debidamente organizados y coherentemente cohesionados es su nota distintiva es que ha nacido un Proyecto de ley sobre negacionismo que ha sido presentado por el Poder Ejecutivo el 28 de agosto de 2012 ante el Congreso de la República, siendo que en esta institución, uno de sus miembros, Omar Chegade ha destacado la iniciativa y el trabajo desplegado en torno al proyecto alcanzado, señalando que si el delito de negacionismo sólo se limitara en sancionar la acción de negar, justificar, minimizar o aceptar el terrorismo, se trataría de un exceso probablemente violatorio de los derechos fundamentales; pero como en el texto sustitutorio se ha especificado que se sancionarán a quienes nieguen los delitos de terrorismo acontecidos y juzgados en la historia peruana con la finalidad de seguir promoviéndolos o hacer apología

(14) Fort, Jeff; Derrida, Jacques; Roudinesco, Elisabeth (2004). *For what tomorrow--: a dialogue*. Stanford, Calif: Stanford University Press, p. 204.

(15) Luther, Jorge. «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada». Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm#tres> (Abril, 2012).

y/o utilicen tal acción como medio para adoctrinar con fines terroristas, sí es totalmente justificable y respetuoso de los derechos, erigir como delito tal proceder (16).

Las motivaciones del proyecto de ley, incluso desarrolladas por la prensa que la tildan como un recurso ante la pretensión de grupos de marcada identificación con organizaciones terroristas como lo son el MOVAREDEF y el CONARE que han ingresado a acciones de reclutamiento y adoctrinamiento en universidades y que bajo las conocidas y huecas proclamas de lograr una justa distribución de la riqueza y una igualdad plena entre quienes son desiguales, han sido y continúan siendo criticadas en diferentes sectores como una suerte de ideología encubierta que procura violentar derechos humanos; señalándose que la política adecuada no se halla en criminalizar más conductas en una política ya emprendida de ampliar extensivamente las normas del Código Penal bajo el espejismo que ello importa una solución, sino es la de permitir legalmente que tales grupos se constituyan en partidos políticos y de esa manera y ante la probabilidad no merezcan la adhesión y por el contrario el repudio de un pueblo que recusa la ideología en que se sustentaron los grupos de Sendero Luminoso, Túpac Amará, Apu Llacta y otros de los que tales grupos son sus «brazos», fenezcan no por la amenaza de una pena sino por la sentencia popular de una sociedad que anhela vivir en paz.

El presidente de la Comisión de Constitución, D. Santiago Gastañadui, ha señalado que son proporcionales y equitativas las penas conminadas para quienes incurran en el negacionismo y que son de privación de libertad con un mínimo de cuatro y un máximo de ocho años, puntualizando que para la configuración del tipo de injusto no sólo se debe negar un hecho terrorista que haya merecido condena judicial firme, sino que mediante esa negación se procure promover actos del mismo tipo y/o contribuir a ello vía el adiestramiento, descartando que la tipificación pueda significar un peligro para la libertad de prensa, pues la opinión periodística en sí no representa un acto de negacionismo.

El parecer de otros legisladores adversa a la criminalización se sustenta en que el proyecto adolece de vacíos y defectos y que en todo caso, el delito de negacionismo surgió para prevenir los crímenes de lesa humanidad, sin embargo, en el Perú lo que se está buscando es afrontar a la parte subversiva que no es política, pretendiéndose convertir al juez en un historiador a quien se le ha de confiar la delicada

(16) Artículo periodístico publicado en «El Comercio», Lima, Perú. 12 de diciembre del 2012.

labor de analizar el valor histórico de los hechos, desnaturalizando su esencia de función.

3.1 ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE NEGACIÓN DEL TERRORISMO

El proyectado artículo 316-A, a incluirse en el Código Penal establece: «Será reprimido con pena privativa de la 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.º 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)* Sirva como medio para adoctrinar con fines terroristas.»

Se sustenta en cuatro verbos rectores: *Negar*: que es la conducta más evidente para alterar las condiciones mínimas de tranquilidad pública, pues refuta frontalmente la verdad histórica innegable; *Aprobar* que es la expresa calificación de un hecho como bueno o correcto; *Justificar*: tratar de probar contundentemente y *Minimizar*, esto es, restarle intencionalmente importancia a actos terroristas inconcusamente acreditados. (17)

Se justifica en que es indispensable proteger como interés jurídico esencial las condiciones de una deseable tranquilidad pública, pues a través de la negación sobre la existencia real de la comisión de execrables delitos; llámense terrorismo, tortura, desaparición forzada y otros que producidos en una época de convulsión y conflicto interno cruento, cuya vigencia sobrepasó las dos últimas décadas entre los años ochenta y noventa, se está apuntando a deformar dolosamente el curso histórico de determinados hechos innegables para la ciudadanía, producir una suerte de amnesia y propender a la adopción de acciones similares y más sofisticadas destinadas a crear zozobra en la población.

En nuestro país, el consenso general es que debe quedar interiorizada nuestra realidad histórica, plasmada y vívida en nuestro acervo cultural y por lo mismo, se señala que la descripción típica no es constrictiva en el plano de tipicidad objetiva a criminalizar *per se* las acciones de negar, aprobar, justificar, minimizar, sino que condiciona que tales se ejecuten en forma pública y que tengan orientación activa de corte lesivo, como medios idóneos para ofender o deshonorar un colec-

(17) Proyecto de Ley núm. 1464/2012.PE. P. 7

tivo social, auspiciar el retorno de acciones de violencia y generar la sucesión de más y nuevas víctimas de hechos terroristas.

Se ha requerido identificar cuál es, en concreto, el bien jurídico amparado en el delito proyectado, pues el sostener como lo hace el que postula la sanción de la ley, que es proteger particularizadamente a las víctimas del terrorismo o a sus familiares, ciertamente estaría dejando puerta abierta para hacer una interpretación extensiva de la norma con el grave riesgo que ello conlleva a la libertad individual (18).

Presupuesto fundamental para la configuración del delito de negacionismo según el proyecto de ley en cuestión es el hecho se realice públicamente, esto es, que no tenga un destinatario particularizado, excluyendo del ámbito penal las conversaciones privadas o simples comentarios sin alcance o repercusión pública, respetando de esa forma el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en torno a la apología del terrorismo y que se plasmó en su sentencia recaída en el Exp. núm. 010-2002-AI/TC de 3 de enero del año 2003, párrafo 88. (19)

De cara a los cuestionamientos de índole constitucional relacionados específicamente al conflicto con el derecho fundamental traducido en la libertad de expresión y opinión, resulta particularmente relevante para la propuesta normativa el que en ésta se haya incorporado como elemento de tipo un propósito ulterior conocido en la doctrina como elemento de tendencia interna trascendente, que deben asumir las conductas de negar, justificar o minimizar los actos terroristas, por lo que no se limita a un sancionarlas aisladamente, sino se requiere que dichas conductas pongan en peligro intereses colectivos.

Se exige que el contenido de las expresiones vertidas por el agente del delito tengan la entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar cualquiera de los cuatro fines que taxativamente propone en la norma. Es importante señalar que se deja un margen para la interpretación valorativa que es congruente con el principio de legalidad y con el mandato de determinación.

A este respecto, el análisis de forma nos lleva al jurista peruano García Toma quien califica a la norma de controversial porque claramente está abierto al amplio marco de interpretación que de ella pueda hacer el juez. Una de las interpretaciones que a modo de ejemplo

(18) Por su parte, el profesor y abogado penalista Roger Yon concluyó que el proyecto de ley del negacionismo no es necesario, porque el bien jurídico que protege no es correcto: «se pretende proteger a los muertos (víctimas) del terrorismo, y eso es absurdo».

(19) STC recaída en el Exp. núm. 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, párrafo 88.

señala: «no solo debe exponerse públicamente el «Viva el presidente Gonzalo», sino que también debe haber una incitación a la violencia con el «llamado a la lucha armada». O, por el contrario, otro juez puede interpretar a la ley conque basta que se cumpla uno de los requisitos y que se haga de manera pública para imponer esta especial sanción».

3.2 ENTIDAD LESIVA IDÓNEA Y SUFICIENTE PARA ALCANZAR CUALQUIERA DE LOS CUATRO FINES TAXATIVAMENTE PROPUESTOS POR LA NORMA

Es determinante el *animus* en el accionar de la persona que puede ser sujeto activo en la comisión del delito, siendo sólo es dable su configuración a título de dolo, esto es, de conciencia y voluntad de realizar el tipo penal, lo que importa que el tipo debe revestir una peculiar aptitud lesiva, perturbadora y desestabilizadora de la tranquilidad pública, lo que limita las conductas que conforman el negacionismo del terrorismo y que permite excluir otras, que aunque jurídicamente inaceptables, carecen de idoneidad para alterar el orden social.

El sustrato ideológico, fundamentalista y extremista que subyace en la violencia terrorista y que es la ratio de la norma en proyecto, le asigna un componente gravitante que por tratarse de un tipo de particular y repudiado de práctica violenta (20), marca un amplio apoyo popular para su aprobación.

3.3 DERECHO FUNDAMENTAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN

El tipo penal de negacionismo de delitos terroristas, al estar redactado en términos lingüísticos amplios y según el Informe de la Human Rights Watch's Americas Division (HRW), a cargo del Dr. José Miguel Vivanco ha señalado que: «La mejor manera de contrarrestar expresiones objetables es refutándolas con argumentos y no a través de la censura». El lenguaje poco preciso, atenta contra la libertad de expresión» (21).

(20) Proyecto de Ley de negacionismo del terrorismo. Pp. 8 y 9.

(21) Además, señaló que «podría inhibir expresiones legítimas, tales como criticar una sentencia judicial relativa a actos terroristas o publicar una entrevista a personas condenadas por terrorismo». La organización de derechos humanos recordó su postura acerca de que «todas las leyes que tipifican el "negacionismo", independientemente de las religiones o minorías que procuran proteger tales normas, implican una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de expresión». «Las prohibiciones draconianas pueden convertir a los fanáticos en mártires, generando incluso un

Resulta oportuno efectuar una delimitación y precisión exacta sobre si con la dación de esta nueva norma del delito de negacionismo del terrorismo se afecta o vulnera de manera directa o indirecta a la libertad de expresión, que es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política Peruana y refrendado con jurisprudencia iterada y vinculante del Tribunal Constitucional.

Es así que en cuanto a los errores de fondo que se alega presenta el proyecto y particularizadamente el referido a la «libertad de expresión», es imperioso recordar que como todo derecho que no respecta específicamente a la vida e integridad sicofísica, sí puede registrar límites como lo ha indicado el propio Tribunal Constitucional (22). Se trata de una ponderación de intereses entre la protección de la libertad de expresión y el reconocimiento de un derecho colectivo a desarrollarse en un ámbito de paz pública; pudiéndose aseverar que la libertad de expresión es un derecho que encierra un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico y que en el actual, debe priorizarse la paz pública.

El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el numeral 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no considera violatorio sancionar conductas dolosas dirigidas a incitar violencia o la comisión de delitos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto y sus restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática (23).

Por lo tanto, no es admisible que en un Estado aunque sea democrático se toleren mensajes que atentan contra la tranquilidad pública pues se dirigen a teñir de legalidad hechos pasados marcada, legal y

interés mayor para atraer adeptos a estos grupos», alertó. *José Miguel Vivanco Director de la Human Rights Watch (HRW)*.

(22) [...] por tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

(23) Fundamento núm. 7. Acuerdo plenario núm. 3-2006/CJ-116 Concordancia Jurisprudencial Art. 116° TUO LOPJ Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

éticamente declarados por el Poder Judicial como graves delitos de terrorismo.

Hoy está fuera de discusión que los mensajes que transmiten los miembros del MOVADef son de odio a las instituciones públicas y alabanzas a Sendero Luminoso (24), por ello y en aplicación de la ley de Partidos, el Jurado Nacional de Elecciones negó la inscripción de este grupo para constituirse como partido político, lo que ha acentuado el proceder de esa asociación de personas para adoptar una postura radical de corte negacionista frente al fenómeno terrorista por el que se juzgó y condenó a personas que destruyeron vidas y patrimonios de sus connacionales en un demencial proceder.

El indicar que resulta injusto se pretenda limitar la presencia de un grupo político que aunque extremista y diferente debe ser por fuerza aceptado en un país como el Perú en el que su legislación abre las puertas a grupos con ideas diferentes o incluso abiertamente contrarias a la democracia, incurriendo en un defecto que es la propia virtud de la democracia, constituye una posición que reviste de logicidad y de razón, pero no con un carácter absoluto, pues asimismo ha de valorarse que el Estado aún en aires de democracia participativa plena, no puede pecar en ingenuidad pues siendo garante de los derechos fundamentales de los que viven en la Patria, está obligado a reaccionar ante embates de un resurgimiento del terrorismo que fija como punto de partida mensajes de justificación al fenómeno terrorista, siendo que el propio proyecto de ley señala: «la sociedad peruana no puede tolerar los mensajes de loas, enaltecimientos y fanatismo al terrorismo porque ésta sufrió las crueldades de los años de la guerra interna, iniciada por Sendero Luminoso» (25).

El Poder Ejecutivo Nacional a través de su primer ministro ha señalado que el proyecto no afecta la libertad de expresión sino todo lo contrario, procura «que exista una libertad de expresión plena», que tal proyecto lo que busca es proteger a víctimas del terrorismo, señalando: «Vemos cómo día a día estos personajes que por ahí siempre circulan, tienen expresiones que son francamente lamentables, sobre la destrucción, el odio y la muerte que sembró el terrorismo en el país» (26).

(24) Artículo publicado en el Diario «El Comercio». Lima, Perú. Cecilia Castillo Cieza. También en <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2012/12/Ensayo-conversatorio-PD1-Cecilia-Castillo.pdf>.

(25) *Ibidem*.

(26) El «Comercio». Perú. «PCM: Ley del Negacionismo es necesaria para luchar contra terrorismo». 17 de enero de 2013.

Es de apreciarse que el comentado proyecto de ley reviste gran importancia, por sus implicancias, legales y sociales, es de incidir que el mismo merece especial atención en su tratamiento, en el que no puede descuidarse encarar los antecedentes históricos y culturales del pueblo peruano y su problemática real derivada de un caos que duró más de veinte años en el que la violencia, el terror, el caos, el desorden y la muerte fueron sus notas caracterizantes.

No es suficiente una norma que erija como delito al negacionismo, pues es indispensable que ese execrable hecho sólo podrá ser eficazmente erradicado en la medida que apelando a la racionalidad y sobre todo a la educación, aseguremos un formación de los que pueblan el Perú que internalice en cada quien la cultura e historia que son parte de su identidad y cultura.

3.4 DEL ANÁLISIS Y CRÍTICA AL PROYECTO DE LEY DE NEGACIONISMO DE DELITOS DE TERRORISMO

La exposición de motivos del Proyecto de Ley de negacionismo tiene por finalidad evitar la «deformación dolosa de la verdad histórica»; sin embargo, esta concepción parte de un paradigma errado de lo que significa la verdad, pues no existe una llamada verdad histórica como tal, o en todo caso, una única versión de esta verdad. Lo que existen son versiones de los mismos acontecimientos y, por tanto, una variedad de relatos que interpretan hechos; siendo así la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) calificó su informe final como un «relato perfectible» admitiendo que su labor se sustentó en recepción de narraciones o relatos aparentemente fidedignos que no permitirían asegurar el encuentro de una «verdad histórica» (27) que podría ser mantenida inmaculada ante cualquier revisión posterior.

De allí la crítica esencial del proyecto, al basarse en sancionar la negación de la verdad, pero ¿cuál es tal verdad?; y, en todo caso, ¿a quién compete consagrarla como dogma?; por ello, debe entenderse que el delito de negacionismo busca defender no una verdad, sino a la sociedad de delitos de terrorismo y de la inestabilidad democrática, resultando un yerro del proyecto en una clara descontextualización, deliberada o no, que se proclame sancionar a quien niegue abiertamente la verdad histórica sobre nuestro pasado y que, considerando los altos índices de corrupción

(27) «Verdad» es un relato perfectible. El relato de la CVR se refiere a sucesos ocurridos en la historia del Perú y a procesos sociales ligados a una memoria conflictiva y fragmentada. Propones una narración, que al recuperar nuestra memoria como país, se proyecta al futuro, y debe por eso ser continuada y enriquecida con la participación de la sociedad civil. El Estado y los organismos que habrán de crearse para vigilar el cumplimiento de las recomendaciones del Informe.

de los gobernantes, las inconsecuencias políticas y otros crímenes que se encierran en la realidad nacional, pueda surgir el riesgo de criminalizar a futuro la acción de negar su carácter delictivo.

La crítica de que se ponga en peligro la libertad de expresión o se otorgue a los jueces un elemento adicional de manipulación de la justicia emprendiendo cacerías de brujas se minimiza frente a la objeción sobre que no se expresa el real contexto que marca la iniciativa de su propuesta ni contempla la existencia de una suerte de negacionismo opuesto, que da vida a formas de hacer política contra los intereses nacionales en conjunción con la corrupción y desprecio a los ideales que conlleven a una sociedad más justa y democrática (28).

Es imperioso un decisivo, inteligente y eficiente control de la legalidad que apunte a una concienzuda internalización de la norma, una real asimilación del objeto y finalidad de ella y a su correcta aplicación en casos específicos; verificando que el proyecto de ley en comento, al señalar que lo que se protege a ultranza es una verdad histórica vinculada al terrorismo, lleva y como lo ha indicado Emanuela Fronza (U. de Trento/Italia) (29), a imponer al Juez una función de historiador y no evidencia claramente un objeto de tutela, olvidando la diferencia entre el método histórico y el judicial, obviando que el Juez sólo valora la prueba en relación a los hechos contenidos en la acusación, construyendo una «verdad judicial o procesal» en un plazo razonable, mientras que el historiador puede revisar el hecho ya analizado, una y otra vez, sin violar la cosa juzgada y sin límites temporales.

Se critica también el proyecto pues los supuestos de hecho previstos en los literales *c*) y *d*) ya estarían subsumidos en el artículo 316° del Código Penal que concierne a la apología pudiendo generar confusión o interpretación errónea.

El delito de apología es uno de enaltecimiento (30) o de justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión de los

(28) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Christian Fintersbusch. Asesoría Técnica Parlamentaria.

(29) FRONZA, Emanuela: «El delito de negacionismo. El instrumento penal como guardián de la memoria», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, 2011, pp. 97-143.

(30) CAMPO MORENO, Juan Carlos: El enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, en *Diario La Ley*, 24 de enero, 2001, p. 1753, exigiendo este autor, el elemento subjetivo incitador aunque sea indirecto. En la legislación anterior al CP de 1995, la apología, no comprendía una finalidad específica de provocación, sino que consistía en manifestar públicamente, en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones terroristas, porque los efectos perturbadores de la conducta se extendían más allá de la acción concreta,

delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, es decir, conductas de elogio o alabanza o exaltación de los autores o responsables –apología subjetiva– o de los actos terroristas –apología objetiva (31)– en tanto haya condena judicial en su referencia, protegiéndose la tranquilidad pública y en específico la paz radicando su punición en el peligro para la comisión de nuevos delitos, en tanto en el delito de negacionismo no sólo se busca evitar nuevos delitos sino que se sanciona menospreciar a las víctimas de delitos ya cometidos tiñendo las acciones como legales o legítimas.

El Procurador Público para casos de terrorismo en el Perú ha señalado que: «La justicia debe contar con este mecanismo (en alusión a la ley de negacionismo), para que los integrantes de grupos terroristas reconozcan el daño que hicieron al país y que no sigan burlando a todos los peruanos. Se pretende que los criminales no sigan mofándose y reconozcan el daño que han ocasionado al país y no continúen distorsionando la verdadera historia del Perú, sobre todo por el terror que impusieron y que ahora niegan ante toda la sociedad» (32).

La postura adelantada del Tribunal Constitucional Peruano sobre el proyecto de ley de negacionismo, vertida por su ex presidente del Tribunal Constitucional consistió en una expresión de necesidad de su aprobación pues: «La sociedad exige que sus representantes en el Congreso asuman su compromiso. De nada sirve manifestar con elocuencia o una gran brillantez posiciones contra el terrorismo si es que no se aprueban estas normas antes de terminar la legislatura».

Según agregó, el país tiene que construir una democracia defensiva capaz de penalizar actos relacionados a la difusión de contenidos violentos o la legitimación del terror como mecanismo para obtener poder político. «Esos elementos deben ser recogidos por una ley, con cargo a perfeccionamiento posterior, orientada a defender a la sociedad en su conjunto».

El 11 de diciembre del 2012, la norma fue aprobada con algunas modificaciones en una sesión conjunta de las Comisiones de Justicia y de Constitución por el Poder Legislativo, fijando la penalidad entre

atacando valores fundamentales de la organización política, y era en la prolongación del daño donde la apología encontraba su fundamento legal, en la medida en que tendía a legitimar una actividad que quería presentarse justificada y legítima desde la óptica del delincuente, acentuando y prolongando las consecuencias dañosas del terrorismo. No era, por lo tanto, un acto preparatorio de incitación al delito.

(31) Clasificación que utiliza la doctrina como MESTRE DELGADO, Esteban: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 214.

(32) Artículo publicado en «El Comercio». Lima, Perú. «*Procurador Antiterrorismo pide que ley de negacionismo sea discutida*», 16 de enero de 2013.

seis a doce años de privación de libertad para quien niegue el delito de terrorismo o incite a cometer actos terroristas, esto último, no estaba comprendido en el proyecto, desnaturalizándolo (33).

La crítica que el Derecho Penal racional sólo debe sancionar actos ejecutivos y no preparatorios ni mucho menos de etapa intermedia, esto es, cuando la decisión criminal se externaliza sin siquiera iniciar el acto preparatorio como en los supuestos de conspiración, proposición, provocación, inducción o instigación, apología y negacionismo hoy se halla avasallada a nivel internacional pues los delitos que sancionan tal clase de conductas se justifican lamentablemente bajo el prurito de prevenir la delincuencia.

3.5 DE LA VÍA ALTERNATIVA REFERIDA A OTROS MEDIOS EXTRAJUDICIALES

A nivel internacional la aparición de organizaciones europeas como «Nunca Más» en Polonia, «Ciudadanos contra el Racismo» en Eslovaquia o el «Movimiento contra la Intolerancia» en España son las encargadas de luchar contra el antisemitismo y el negacionismo mediante publicaciones, campañas y controlando el odio en internet, los propios gobernantes de países en ese continente siempre llevan al recuerdo de los ciudadanos los efectos del holocausto como una fase de la historia que no ha de repetirse, así como en relación al terrorismo se emprenden campañas de concienciación ciudadana sobre realidades que permiten la entronización de conductas de repudio hacia ese fenómeno criminal.

Las voces de personajes destacados como la del superviviente del holocausto y líder del levantamiento en el ghetto de Varsovia Marek Edelman en Polonia o la de Elie Wiesel, rumano de nacimiento y también superviviente que rechazan el negacionismo, producen un mayor impacto social que las prescripciones legales de amenaza de pena; sin omitir evocar Programas Educativos de sensibilización implementados por gobiernos y ONG'S que ayudan a combatir el negacionismo en muchos países, como verbigracia el Museo de Anne Frank en Holanda en cooperación con una organización ucraniana que ha desarrollado un programa de educación sobre el Holocausto en las escuelas bajo el núcleo de la exposición dirigida a los jóvenes denominada «Ucrania y el Holocausto» (34) o la Escuela Internacional para el Estudio del Holocausto Yad Vashem que emprende actividades escola-

(33) El «Comercio». Perú. «*TC pide al Congreso aprobar Ley del Negacionismo antes de culminar legislatura*». 11 de diciembre de 2012.

(34) Más información en: www.annefrank.org

res a nivel primario y secundario para concienciar sobre el significado de los genocidios y sobre el antisemitismo en Europa (35).

En la realidad peruana, desgraciadamente se pospone la pedagogía como instrumento regulador de la conducta humana y si bien pudiere decirse que por eso se recurre a la coacción penal, ello ha sido refutado por el antropólogo Luis Mújica quien indica que tal proceder sólo es válido cuando existe un verdadero riesgo para la pacífica convivencia social, pero que en este caso específico, el Estado crea un enemigo inexistente, pues de sus viajes a diferentes y variados lugares del territorio nacional se ha convencido que lo que aqueja actualmente a la población no es el terrorismo, calificando de peligroso el crear un enemigo ficticio pues con ello emerge el miedo y se concede poder a ese supuesto enemigo, preguntando si acaso tal creación obedezca a la política de no encarar los verdaderos problemas de la pobreza y la desigualdad social.

El periodista nacional César Hildebrandt explica que el terrorismo no es un problema actual y si bien existen representantes del MOVADDEF que protestan por sus «derechos violentados» en las embajadas peruanas de México y Argentina, su número en realidad es insignificante como para que sea un problema central y necesario de erradicación acudiendo a la vía penal. Es más, culpa a los medios de comunicación de agrandar el tema del MOVADDEF al aludir que se está «internacionalizando».

Es racional invocar a la educación y a la generación de debates para que los ciudadanos que habitan en el territorio peruano, comprendan el significado del fenómeno terrorista y al así hacerlo, lo erradiquen sin necesidad de la conminación penal.

La internalización de valores, adquisición de conocimientos fortalece la memoria histórica, para modificar conductas que colisionan con el sistema democrático que no están inmersos en un ámbito de permisibilidad jurídica (36).

4. Conclusión

La aprobación definitiva del delito de negacionismo reclama de un mayor estudio y análisis de sus implicancias y repercusiones y pone

(35) El programa está disponible en varias lenguas en la página web de Yad Vashem website: www1.yadvashem.org/education/antisemitism.html

(36) Es de vital importancia, que el negacionismo no sea solo combatido con medidas legales. Ken Stern afirmó que «las leyes son insuficientes en esta lucha, ya que también se trata de una cuestión cultural, académica y política. Y una estrategia útil requiere un enfoque multifacético». (Stern, Kenneth. 1999. Negacionismo del Holocausto: Comité Judío Americano)

sobre el tapete de que nuestro país como Estado democrático, soberano, transparente y con identidad nacional al servicio de su pueblo no debe pretender solucionar problemas apelando a la fuerza punitiva del Derecho Penal, si es que previamente no ha intentado la internalización de leyes, valores y conocimientos en los gobernados, entronizando a la educación en la principal herramienta de su desarrollo.