



LUCIANA LEON ROMERO

Secretaría de las personas con discapacidad del Perú
"Año de la consolidación del Mar de Grau"

Proyecto de Ley N° 714/2016 - CR

Los Congresistas que suscriben, a iniciativa de la Congresista **LUCIANA LEÓN ROMERO**, miembro del Grupo Parlamentario Célula Parlamentaria Aprista, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con lo establecido en los artículos 22° inciso c), 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, pone a consideración el siguiente:

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la República

Ha dado la siguiente Ley:

LEY QUE PRECISA E INCREMENTA LAS PENAS PARA EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO

Artículo 1°.- Objeto de la ley.

La presente Ley tiene por objeto precisar el delito de apología del terrorismo con el propósito de prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de acto que busque exaltar, justificar, legitimar o enaltecer la violencia terrorista perpetrada en el país, en salvaguarda de nuestro sistema democrático, estado de derecho y el respeto de los derechos humanos y fundamentales de la ciudadanía en su conjunto.

Artículo 2°.- Incorporación del Artículo 316-A al Código Penal.

Incorpórese el Artículo 316-A al Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 316-A.- Apología del terrorismo.

- 1. El que públicamente exalta, justifica, legitima o enaltece cualquiera de los delitos previstos en el Decreto Ley N° 25475 o a la persona que haya sido condenada con sentencia consentida o ejecutoriada como su autor o partícipe, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años.*
- 2. Si se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como Internet u otros análogos, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años, imponiéndose trescientos*

sesenta días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

3. *Si se realiza ante la presencia de menores de edad, en ceremonias, festividades, actos sociales u otro análogo, la pena privativa de la libertad será no menor de doce ni mayor de quince años, imponiéndose cuatrocientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36 del Código Penal.*
4. *Si el agente lo realiza en su condición de director, subdirector, personal docente o administrativo de una institución educativa, mediante objetos, textos escolares, escritos, imágenes visuales o auditivas destinadas a la enseñanza, la pena privativa de libertad será no menor de quince ni mayor de dieciocho años, imponiéndose quinientos días multa e inhabilitación del ejercicio del cargo, conforme al numeral 9) del artículo 36 del Código Penal."*

Artículo 3°.- Modificación del artículo 316 del Código Penal.

Modifíquese los artículos 36 y 316 del Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 36.- Inhabilitación.

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

1. *Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;*
2. *Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;*
3. *Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;*
4. *Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;*
5. *Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;*
6. *Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas;*

7. *Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;*
8. *Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito;*
9. *Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el **artículo 316-A** del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal;*

(...)."

"Artículo 316.- Apología.

*El que **públicamente exalta, justifica, legitima o enaltece** un delito o a la persona que haya sido condenada **con sentencia consentida o ejecutoriada** como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de **cuatro** ni mayor de **ocho** años.*

*Si la apología se hace de delito previsto en los artículos **107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 152 al 153-A, 170 al 176-A, 179 al 181-B, 182-A al 183-B, 186, 189, 200, 201, 273 al 279-F, 296 al 302, 303-A al 303-B, 315, 317, 317-A, 318, 318-A, 325 al 333; 346 al 350** o en el **Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado** o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de **ocho** ni mayor de **quince** años, **trescientos** días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal."*

Artículo 4º.- Derogación.

Deróguense o déjense sin efecto las normas que se opongan a la presente Ley.

Artículo 5º.- Vigencia de la Ley.

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

Lima, 21 de noviembre de 2016



LUCIANA LEÓN ROMERO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Presidente
Célula Parlamentaria Aprista




CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 07 de Diciembre del 2016.
Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 714 para su
estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

CONGRESISTA DE LA REPUBLICA
IVANER VELÁZQUEZ QUESADA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El terrorismo es un problema que no solo acecha nuestro orden interno y seguridad pública sino también a nuestros jóvenes y familias, quienes esperan del Estado acciones concretas que permitan afianzar el marco legal contra el flagelo terrorista -y delitos afines-, más aún si sabemos que dicho accionar criminal generó miles de personas fallecidas¹ y más de \$ 42 mil millones de dólares² de pérdidas al país.

Actualmente el delito de apología –y el de apología del terrorismo- está regulado por el artículo 316° del Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 316.- Apología

El que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

1. *Si la apología se hace de delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2,4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.*

2. *Si la apología se hace de delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Si se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como Internet u otros análogos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años; imponiéndose trescientos sesenta días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.*" (la cursiva, negrita y subrayado son nuestros).

Sobre el delito de apología del terrorismo, diversos medios de comunicación informaron lo siguiente:

"Apología al terrorismo: ¿Cuándo estamos frente este delito?"

Un video muestra a familiares de presos por terrorismo abatidos en El Frontón realizando cantos y vivas frente a una tumba común en Comas. ¿Es un delito?"

En los últimos días se difundieron videos en los que se observa a familiares de los presos por terrorismo abatidos en El Frontón y a simpatizantes de Sendero Luminoso realizando una serie de actos como marchas, cantos y exhibición de

¹ Diario "El Comercio" del 23/01/2012. En: <http://velcomercio.pe/politica/gobierno/no-olvidar-sendero-luminoso-deja-12954-muertos-pais-noticia-1384743>

² RFP del 24/10/2014. En: <http://rpp.pe/economia/economia/terrorismo-terrorismo-causo-perdidas-q-on-mas-de-us42000-millones-noticia-328443>



carteles frente a una tumba común –ubicada en Comas–, la cual albergaba los restos de los subversivos muertos. A raíz de estas imágenes, han surgido algunas interrogantes: ¿Cuándo se configura el delito de apología al terrorismo? ¿Qué implicancias tiene el mausoleo? ¿Es posible destruirlo?

Delito de apología

El delito de apología al terrorismo es una opinión favorable, que puede ser expresada de forma escrita u oral, sobre un acto terrorista o sobre su autor. Es decir, legítimas acciones y estrategias terroristas. Según el artículo 316 del Código Penal, comete este delito quien públicamente hace la apología de un delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o participe.

Una conclusión de esta definición es que si analizamos sólo la construcción del mausoleo, sin símbolos en sus paredes ni elementos que exalten o alaben actos terroristas o personas condenadas como sus autores, no calificaría como delito de apología.

Sin embargo, si una persona o un grupo de personas alaban un acto terrorista o al autor del mismo –por ejemplo al cabecilla terrorista preso Abimael Guzmán–, cometerá dicho ilícito penal, que tiene una pena que va de seis a 12 años de cárcel y de ocho a 15 años en caso se realice a través de medios de comunicación como el Internet u otros similares.

En el caso concreto que analizamos, estos actos de alabanza y propaganda sí constituirían apología. En opinión de Marco Ibazeta, ex presidente de la Sala Penal para casos de Terrorismo, "el lenguaje que se utilizó: el lenguaje expreso y el lenguaje subliminal, configura apología, pero a nuestro criterio. Sin embargo, según el criterio de los jueces, esto no lo están considerando apología".

Una sentencia del Tribunal Constitucional estableció que cualquier expresión de opinión no se considera delito de apología y fijó unos límites a la aplicación de la norma. De acuerdo con el fallo, se deben respetar los siguientes límites: a) el elogio debe ser sobre un acto terrorista realizado, b) que cuando la apología se refiera a la persona que cometió el delito, esta se encuentre condenada por sentencia firme, c) que el elogio haya sido público y d) que la exaltación vaya en contra de la democracia, tolerancia y el consenso.

Los parámetros impuestos por el Tribunal Constitucional han hecho difícil el camino para procesar y condenar a imputados por este crimen. El penalista Luis Lamas Puccio comentó a este diario que, en efecto, hasta la fecha no se han impuesto sentencias condenatorias por este delito.

Marcos Ibazeta comenta también sobre esta figura y la nula sanción en la actualidad. "Aún no hay condenados de la Ley 25475 y esto es precisamente una gran frustración. Parece ser que todos ahora solo apelan a la figura de la apología como el mecanismo de lucha política contra las organizaciones



terroristas del Perú. Cuando esto es una lucha política. Entonces, se debe tener un marco legal más amplio que se adecue a los desafíos actuales porque el terrorismo ha cambiado de actitud", explica.

(...)

Apología en otros países

En los años ochenta, el Perú vivió un contexto de profunda crisis debido al surgimiento de grupos subversivos (SL y MRTA). Así como en nuestro país, en otros también se han dado procesos históricos traumáticos que ocasionaron profundas heridas en la sociedad. Un ejemplo de ello es Alemania, tras el Holocausto, y Colombia, con las FARC. Como producto de estos períodos de crisis, cada país desarrolló una serie de normas penales para castigar aquellos actos que alaben actos terroristas o de discriminación, odio o violencia, o a las personas condenadas como los autores de estos.

En Alemania, así como en muchos países de la Unión Europea, existe una fuerte preocupación por castigar las manifestaciones graves de racismo y xenofobia que se dan en Europa. Es por ello que en el artículo 86 del Strafgesetzbuch (Código Penal alemán), la propaganda de organizaciones anticonstitucionales son castigadas con una pena de hasta tres años de cárcel o el pago de una multa. Un ejemplo de ello son las publicidades de organizaciones neonazis. También, de acuerdo al artículo 86a, se castiga el uso de elementos distintivos como banderas, escudos, uniformes, consignas y formas de saludo de los grupos que actúan fuera de la Constitución. Si bien es cierto no existe una norma que tipifique el delito de apología, existen normas similares que tienen el objetivo de reprimir intentos de alabanza hacia las atrocidades del pasado.

En cambio en España, sí se regula de forma expresa el delito de apología en el artículo 18 del Código Penal, pero este sólo sirve para castigar el enaltecimiento de un crimen o de su autor, y no de una ideología determinada. También, en su artículo 510 se castiga los delitos que fomenten o inciten públicamente el odio, la hostilidad, discriminación o violencia contra una persona o grupo por motivos racistas, antisemitas etc.

En el caso de Colombia, su Código Penal en el artículo 102 regula la apología del genocidio. Según este artículo, cometerá este delito cualquier persona que difunda ideas que propicien o promuevan el genocidio y el antisemitismo. En el artículo 13, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Sin embargo, este mismo artículo prohíbe en su inciso 5 la propaganda a favor de la guerra y toda apología al odio nacional, racial o religioso que contribuya a promover violencia u otra acción ilegal."³ (la cursiva y subrayado son nuestros).

Asimismo, a inicios de este año sobre este delito se informó que:

"Poder Judicial abre proceso al Movadef por apología al terrorismo

Crespo y Fajardo en aprietos. Por ensalzar la figura del cabecilla Abimael Guzmán y los actos delictivos de Sendero Luminoso.

Por primera vez, el Poder Judicial abrió un proceso judicial por el delito de apología al terrorismo contra la cúpula del Movimiento por Amnistía y Derechos Fundamentales (Movadef) conformada por Alfredo Crespo, Manuel Fajardo, Oswaldo Caycho Esquivel y otros. A ellos se les responsabiliza por elogiar los actos delictivos y a la persona de Abimael Guzmán, cabecilla de Sendero Luminoso, preso en la Base Naval del Callao.

El juez Ángel Mendiivil Mamani, del Segundo Juzgado Penal Nacional, declaró fundada la denuncia interpuesta por la fiscal supraprovincial Wendy Calero y del procurador público especializado para delitos de terrorismo Milko Ruiz.

Según la imputación fiscal, en setiembre del 2010, en el semanario Despertar Nacional, el Movadef publicó que "desde 1992, el doctor Abimael Guzmán es el más grande intelectual, filósofo y científico, leninista, maoísta de nuestra época".

Esta situación, argumentó la Fiscalía, constituye una exaltación, elogio y ensalzamiento a quien era conocido dentro de la agrupación terrorista Sendero Luminoso como el "presidente Gonzalo", y quien por la práctica de dicha ideología y pensamiento propugnado en octubre del 2006 fue condenado por el delito de terrorismo agravado y homicidio calificado.

LOGRO. El procurador antiterrorista Milko Ruiz calificó esta investigación judicial como un "logro conjunto" entre su despacho y el de la Fiscalía. Remarcó que se ha configurado el delito de apología porque los líderes del Movadef "han reivindicado los delitos cometidos por Guzmán"⁴. (La cursiva y subrayado son nuestros).

Lo cual nos lleva a proponer una iniciativa legal que no solo precise el delito de apología del terrorismo sino también que incremente sus penas. Por tal motivo, a continuación, realizaremos un pequeño análisis de dicho tipo penal en la doctrina jurídica nacional e internacional.

EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO A NIVEL DE DOCTRINA JURÍDICA

De manera general, la doctrina jurídica ha entendido que la apología supone una *"alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia"*⁵ (la cursiva es nuestra), por lo que –en términos coloquiales– bien puede ser asumida como *"la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, es alabar con entusiasmo"*⁶ (la cursiva es nuestra).

⁴ "Diario 'Correo' del 27.04.2010" en: <http://diarioanexo.peru.com/2010/04/27/poder-judicial-abre-proceso-al-movadef-por-apologia-al-terrorismo-668501/>

⁵ Llamarco Pérez, Camero. *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 289

⁶ Peña Cabana (Rau). *Trazación a la Patria y Arregamiento Tacronada*. Grifey Lima, 1984, p. 97

Es así que la presente iniciativa legislativa plantea un tipo penal bidimensional que comprende, por un lado, la apología de delitos en general –aunque con una lista cerrada de tipos penales- y, por otro lado, la apología del delito de terrorismo, cuyo tratamiento merece una profundización debido a su naturaleza, alcances y efectos en la convivencia social de nuestro país.

EL TERRORISMO COMO FORMA DE VIOLENCIA ILEGÍTIMA Y DE DESCONOCIMIENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO Y JURÍDICO.

Desde una perspectiva puramente *procedimental*, el sistema democrático implica –como técnica de adopción de decisiones- la implementación de la regla de la mayoría, la misma que supone la necesidad de respetar la sumatoria de las voluntades individuales como parámetro de legitimidad y aceptación social de determinadas decisiones colectivas. Sin embargo, es evidente que esta concepción de la democracia resulta insuficiente para superar la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran diversos grupos sociales de carácter minoritario, lo cual demanda la adopción de medidas afirmativas que equilibren su situación frente al resto de personas, dando paso a la denominada "*democracia sustancial*" que, entendida como sistema y estructura, permite la protección de las mayorías y minorías –en aquellos casos en que el sistema mayoritario pretenda suprimir el contenido esencial de los derechos de éstas últimas-.

Esta concepción sustantiva de la democracia permite considerar al sistema democrático como un bien social merecedor de tutela por parte de nuestro ordenamiento 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*"⁷ (la cursiva es nuestra).

Así las cosas, cabe señalar que en la Constitución peruana de 1993 se ha consagrado una especial tutela del sistema democrático. El artículo 3° de la Constitución, relativo 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° establece explícitamente que la "*República del Perú es democrática, social, independiente y soberana*" (el subrayado es nuestro), aspecto éste que ha sido advertido por el propio Tribunal Constitucional peruano, cuando señala que 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*

⁷ Ferreres Comella, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. p. 168.

*comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado*⁸ (la cursiva es nuestra).

En virtud del principio hermenéutico de fuerza normativa de la Constitución, es posible colegir que el Estado peruano se encuentra en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias a fin de salvaguardar la existencia del sistema democrático, por lo que cualquier conducta dirigida a eliminarlo de manera arbitraria, 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 vigente lo permitan.

Esta precisión resulta importante a fin de no equiparar la legítima lucha de grupos políticos que emplean las vías y los mecanismos democráticos para su accionar político, con las acciones violentistas que promueven y realizan los delincuentes terroristas, quienes -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, es posible advertir que cualquier indebida equiparación entre las acciones señaladas, se sustenta en la confusión que existe entre *la motivación o propósito "político"* que tienen los grupos terroristas con *las acciones que llevan a cabo* para lograr tal propósito, las cuales son -en su mayoría de casos- delitos que persiguen generar un estado de zozobra en la población.

Así, el accionar terrorista en el Perú comprendía, entre otros, asesinatos, masacres y desapariciones forzadas, estos hechos constituyen "crímenes de lesa humanidad", los que han sido definidos por el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma⁹) como aquéllos cuya comisión se efectúa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Por esta razón, las acciones terroristas no solamente son consideradas conductas sujetas a merecimiento de reprochabilidad penal, sino también es clara la posición -nacional e internacional- que impide se les dote de carácter político a la actividad terrorista¹⁰. De hecho, esta exclusión de la calificación de "actos políticos" para los casos de terrorismo implica que, en el marco de un procedimiento en sede administrativa o jurisdiccional, 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.

⁸ STC peruana N° 09046-2004-P1/TC (11/1).

⁹ Disponible en: <http://www.unhcr.org/refugees/refugees-statute.html>. Consultado el 06 de noviembre de 2015.

¹⁰ 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. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II 116, 23 de octubre de 2009, párr. 33.

Es evidente, pues, 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 pretendiendo que los miembros de la sociedad opten, a la fuerza, por una determinada posición política, lo cual supone un serio obstáculo para la existencia misma de la sociedad y el Estado en tanto expresión de 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 señala, en uno de sus considerandos iniciales, que: "(...) *el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo que preocupa profundamente a todos los Estados Miembros, atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región (...)*" ¹¹ (la cursiva es nuestra).

El terrorismo representa un serio obstáculo para la existencia misma de la sociedad y el Estado, siendo la expresión más desmedida de la violencia política que tiene por objeto atemorizar a la población con la finalidad de obtener determinados beneficios a través de la coacción y la intimidación; razón por la cual -independientemente de su fuente u origen (sea terrorismo de Estado, terrorismo internacional, terrorismo por movimientos revolucionarios, etc.) o su propósito (motivación política, racial, religiosa, etc.)- el 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 cuando señala 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*"¹² (la cursiva es nuestra).

A estas alturas se torna evidente que *el uso de la intimidación o la violencia* como mecanismo de convencimiento y la búsqueda del poder político a cualquier precio, suponen una seria afrenta al orden constitucional y al Estado, por lo cual se exige que éste adopte diversos mecanismos a fin que la política criminal sea efectiva y permita tutelar diversos bienes de relevancia constitucional y, en buena cuenta, del propio orden constitucional democrático. Es por ello que las medidas especiales que dicte el Estado deben 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; debiendo descartarse aquella idea conforme a la cual las medidas

¹¹ A.S./RES. 1940 (XXXIII) - (2002) Convención Interamericana contra el Terrorismo (Aprobada en la Primera Sesión Plenaria celebrada el 03 de julio de 2002)
¹² Resolución A/RES/58/2039 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en su sesión plenaria del 05 de septiembre de 2005

estatales encaminadas a luchar contra el terrorismo constituyen una suerte de venganza de carácter político, sino –por el contrario- representan una manifestación del deber estatal de sancionar a las personas que, con sus conductas, vulneran una serie de bienes jurídicos amparados por nuestra Constitución.

De esta forma, no sorprende que los Estados utilicen determinados mecanismos -legislativos- que, si bien limitan el ejercicio o goce de algún derecho fundamental, resultan indispensables para el mantenimiento del sistema democrático e incluso del propio orden constitucional; lo cual debe contrapesarse, claro está, con las obligaciones internacionales asumidas por cada uno de los países.

CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y TOLERANCIA: A PROPÓSITO DEL LLAMADO DEL PLURALISMO NEUTRAL

Sin embargo, dentro del pluralismo y la tolerancia que son propios de un modelo democrático y de una Constitución concebida como "*marco de diferentes opciones políticas democráticas*", han sido diversos los cuestionamientos en torno a las obligaciones que tiene el Estado frente a personas o grupos de personas que emitan opiniones o realicen acciones contrarias a la esencia de un sistema democrático, intentando trastocarlo. Aquí surge la duda si es que la existencia de un tipo penal como el propuesto en la presente iniciativa legislativa implica una supresión de las ideas de las personas; ello dentro de un esquema conceptual en el que se asume a la tolerancia como un principio indispensable –alineado a los principios democráticos- en cuya virtud se permite la existencia del pluralismo en el marco de cualquier sociedad, lo cual admite, a su vez, que la misma se muestre receptora de cualquier tipo de opiniones o acciones que no supongan alguna restricción injustificada de algún derecho fundamental; nos permite afirmar que no.

Al respecto, la denominada *función selectiva* de la Constitución, De Otto y Pardo señala que: "*La idea de Constitución como límite, aun con su parcialidad, apunta no obstante a una función capital de la norma constitucional: la de operar como norma de selección, como norma que traza la frontera entre lo políticamente posible y lo jurídicamente lícito*"¹³ (la cursiva es nuestra), puesto que: "*La Constitución, al señalar los límites entre lo constitucional y lo inconstitucional, señala los límites dentro de los cuales cabe que lleguen a convertirse en derecho, en voluntad del Estado, las expectativas que en un momento cualquier pretendan utilizar el poder público para imponerse. Decir que la Constitución es límite del poder del Estado o garantía de la libertad es lo mismo que decir que con ella se fijan los límites del derecho y, por tanto, los límites dentro de los cuales ha de situarse cualquier expectativa que pretenda convertirse en derecho. Dicho de otro modo, la Constitución reduce las posibilidades de introducir poder público en las relaciones*

¹³ De Otto y Pardo, Ignacio *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 7ma Reimpresión, Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1999 p. 39.

sociales"¹⁴ (la cursiva es nuestra).

Conforme a lo señalado, resulta de suma importancia no caer en el error que advierte De Otto de pensar que por ser la Constitución una norma de carácter "supremo" se puede prescindir enteramente de la finalidad garantista propia del constitucionalismo, pudiéndose afirmar un concepto "neutral", puramente "técnico" o "formal", cuya inmediata y peligrosa consecuencia sería admitir que todo Estado –sin excepción alguna- tiene Constitución en el sentido moderno, con lo cual se admite implícitamente en esa categoría a las dictaduras fascistas, nacionalsocialistas o los totalitarismos en general, en una lógica donde se tendría "Constitución" siempre que exista una norma suprema (como mero formalismo), sin importar en absoluto su contenido, dando lugar a lo que De Otto define como "*un Estado con Constitución pero no constitucional*"¹⁵ (la cursiva es nuestra).

En un contexto como el descrito, adquiere relevancia la denominada "*paradoja de la tolerancia*" propuesta por Karl Popper para 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 diálogo¹⁶; así como la pregunta que formula el alemán Reginald Bassetse acerca de si se va a "*permitir a los enemigos declarados de la democracia utilizar la maquinaria democrática con el único propósito de derrocar la democracia*"¹⁷ (la cursiva es nuestra).

Es en estas circunstancias que adquiere relevancia en el plano estrictamente jurídico-constitucional, la denominada "*democracia combativa*" (o "*militant democracy*") según la cual existe el derecho-deber, a cargo de todos y encabezada por el Estado, de defenderse frente a diversos actos que pretendan suprimir el sistema democrático¹⁸, postulándose así que determinados métodos subversivos por más apariencia democrática que tengan, 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 de 1949 en Alemania, la cual pretendía que determinados grupos similares al nacionalsocialismo vuelvan al poder¹⁹. Dentro de esta perspectiva, la adhesión 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

¹⁴ De Cotte y Parde. Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 7ma. Reimpresión Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1999. p. 39

¹⁵ De Cotte y Parde. Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 7ma. Reimpresión Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1999. p. 39

¹⁶ "Menos conocida es la paradoja de la tolerancia. La tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia. Si permitimos la tolerancia ilimitada aun a aquellos que son intolerantes, en un momento nos hallamos preparados para defender una sociedad intolerante contra las irrupciones de los intolerantes, el resultado sería la destrucción de las tolerantes y, junto como ellas, 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 es necesario por la fuerza, pues bien puede suceder que no estén destinadas a imponerse en el plano de los argumentos racionales, sino que, por el contrario, comiencen por apagar a todo razonamiento, así, pueden permitir a sus adeptos, por ejemplo, que presten oídos a los razonamientos racionales, abusándolos de engañosos, y que les enseñen a responder a los argumentos mediante el uso de los puños; a las a mas. Debemos exigir, entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes. Debemos 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 asesinato o al tráfico de esclavos"

Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Editorial Paidós. Barcelona, 1981. p. 512

¹⁷ Basset, Reginald. *The Essentials of Parliamentary Democracy*. Frank Cass & Co LTD. Londres, 1964. p. 200

¹⁸ Hinañosa Parra, 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. Nº 16. 1.º semestre 2002 y 1.º semestre 2003. p. 472

¹⁹ El artículo 18º 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, atente de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5.º apartado 1.º de la libertad de enseñanza (artículo 5.º apartado 2.º), de reunión (artículo 6.º), de asociación (artículo 9.º), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10.º), así como del derecho de propiedad (artículo 14.º) y del estado (artículo 15.º) pierda estos derechos fundamentales. La privación y sus sanciones serán declaradas por la Comisión Constitucional Federal (la cursiva es nuestra).

constitucional, aun cuando limitan el ejercicio o goce de algún derecho fundamental; siendo esta la razón por la cual -a modo de ejemplo- en la Europa de la Posguerra se han 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.

Es importante señalar, sin embargo, que estos mecanismos estatales de defensa del sistema democrático 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"*²⁰ (la cursiva es nuestra), afirmación que lleva implícita la idea que la Constitución es *"un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo"*²¹ (la cursiva es nuestra).

Pero si bien existen una diversidad de doctrinas razonables que, en esencia, no sólo no rechazan los principios del sistema democrático sino que se cimientan en ellos; como advierte Rawls, es perfectamente posible que en una sociedad también se desarrollen planteamientos no razonables, irracionales y hasta absurdos, en cuyo caso el problema consistirá en establecer la mejor forma de contenerlas, de manera que no puedan socavar la unidad y la justicia de esa sociedad²², y respecto de las cuales el Estado está legitimamente posibilitado de actuar con tal propósito.

Esta tendencia no solo ha sido adoptada por los gobernantes y 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-, cuando señala: *"Es esencial 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"*²³ (la cursiva es nuestra).

La postura reseñada 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 pueden contar con la protección necesaria para realizar un ejercicio abusivo y aparente del derecho involucrado.

²⁰ STC español N° 48/2003 (1, 7)

²¹ STC español N° 11/1981 (1, 7)

²² Rawls, John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 2006. p. 12.

²³ "It is the essence of democracy to allow diverse political programmes to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organised, provided that they do not harm democracy itself." Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso del Partido Socialista Turco vs. Turquía*. Sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 47.

En similar postura y a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso del Partido Comunista de Alemania), Edward McWinney afirma: *"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"*²⁴ (la cursiva es nuestra). 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 con 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 derechos²⁵.

Del mismo modo, se advierte que las manifestaciones o discursos de odio o la denominada *"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 la denominada "apología", conducta ilícita cuya forma de consagración en nuestro país analizaremos a continuación.

ANTECEDENTES EN SEDE NACIONAL SOBRE EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO

La figura delictiva de la apología del terrorismo fue regulada por primera vez en el Perú mediante el Artículo 7° del Decreto Ley N° 25745, del 06 de mayo de 1992, el mismo que señalaba:

"Artículo 7.- Apología.

Será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad" (la cursiva es nuestra).

De manera específica, el delito de apología cometido por el docente o profesor fue regulado en el Artículo 1° del Decreto Ley N° 25880, que prescribió lo siguiente:

"Artículo 1°.-Apología de terrorismo de docente.

El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus

²⁴ "(...) to be constitution-adverse, a party must go beyond that and develop an active, combant, aggressive attitude against the stand to in order, and plainly prejudices the functioning of that order"
McWinney, Edward. *The German Federal Constitutional Court and the Communist Party Decision* Indiana Law Journal Volume 32, N° 3 (1957) p. 303

²⁵ Bockenforde, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Editorial Trotta Madrid, 2000. p. 97.

alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva.

Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del Artículo 36 del Código Penal" (la cursiva es nuestra).

Ambos dispositivos fueron objeto de un proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el mismo que mediante la STC N° 00010-2002-AI/TC²⁶ declaró inconstitucionales los artículos 7° del Decreto Ley N° 25475 y 1° del Decreto Ley N° 25880, pero sin despenalizar el delito de apología del terrorismo que estaba consagrado en el artículo 316° del Código Penal; siendo interesantes las siguientes afirmaciones del Supremo intérprete de la Constitución:

- a) La apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. La instigación se realiza con relación a un sujeto determinado y para la perpetración de un hecho concreto. En cambio, en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista (fundamento 84);
- b) La dañosidad social de la apología radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados, siendo este propósito de legitimación un objetivo fundamental del terrorismo (fundamento 85);
- c) El ilícito penal la apología del terrorismo, no es, *per se*, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par de los bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales (fundamento 86).
- d) Sobre la aplicación del artículo 316° del Código Penal, señaló que ésta ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho, debiendo respetarse los siguientes límites:

²⁶ Ver en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/000101002-A1.html>

- i. Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- ii. Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- iii. Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal; es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- iv. Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso (fundamento 88).

El Decreto Legislativo N° 924 del 19 de febrero de 2003, fue dictado para regular esta conducta luego que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucionales el artículo 7° del Decreto Ley N° 25475 y el artículo 1° del Decreto Ley N° 25880, por considerarlos dispositivos genéricos y agravados, y de innecesaria sobre criminalización debido a la vigencia del artículo 316° del Código Penal; razón por la cual el aludido Decreto Legislativo agregó un párrafo al citado artículo 316° del Código Penal a fin de adecuar sus alcances al delito de terrorismo, así como a las nuevas formas y modos de acción terrorista, con el siguiente tenor:

"(...)

2. Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Además se le impondrá el máximo de la pena de multa previsto en el artículo 42 e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, y 8 del artículo 36 del Código Penal" (la cursiva es nuestra).

El Artículo 1° del aludido Decreto Legislativo N° 924 también fue cuestionado mediante un proceso de inconstitucionalidad por ante el Tribunal Constitucional (Exp. N° 00003-2005-PI/TC²⁷), el mismo que en su sentencia –a pesar de no declarar fundada la demanda en cuanto al artículo citado- realizó las siguientes precisiones:

- a) Si bien se declararon inconstitucionales los artículos 7° del Decreto Ley N° 25745 y 1° del Decreto Ley N° 25880 por falta de claridad de las normas, ello no significaba prohibir la criminalización del delito de apología;

²⁷ Ver en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2005-A1.html>

- b) El legislador penal tiene un margen de discrecionalidad para determinar las penas, por lo que al Tribunal Constitucional le corresponde precisar que el control debe efectuarse sobre la base de los derechos fundamentales que pudieran resultar comprometidos con la amenaza de sanción (fundamento 222);
- c) En cuanto al sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional sólo podrá declarar la inconstitucionalidad del quántum de la pena en el supuesto que el grado de realización de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal resulte notoriamente de menor importancia que el derecho que se verá afectado por la pena que se imponga (fundamento 244); y,
- d) El delito de apología del terrorismo supone la exaltación o alabanza de conductas destinadas a afectar, entre otros, derechos fundamentales tales como la dignidad, la vida y la integridad física y psíquica de las personas, además, de la subsistencia del orden democrático y constitucional, escenario dentro del cual es posible el ejercicio pleno de los derechos esenciales del hombre (fundamento 246).

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007 se modificó el artículo 316° del Código Penal, siendo la actual redacción –como lo hemos visto anteriormente–, la siguiente:

"Artículo 316.- Apología.

El que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

- 1. Si la apología se hace de delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2,4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.*
- 2. Si la apología se hace de delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Si se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como Internet u otros análogos, la*

pena será no menor de ocho ni mayor de quince años; imponiéndose trescientos sesenta días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal" (la cursiva es nuestra).

PROPUESTA NORMATIVA: PRECISAR E INCREMENTAR LA PENA DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO.

Ante lo expuesto, es que la presente iniciativa legal plantea:

- Precisar el delito de apología del terrorismo con el propósito de prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de acto que busque exaltar, justificar, legitimar o enaltecer la violencia terrorista perpetrada en el país, en salvaguarda de nuestro sistema democrático, estado de derecho y el respeto de los derechos humanos y fundamentales de la ciudadanía en su conjunto..
- Incorporar en el Código Penal el artículo 316°- A, incrementándose la pena para el delito de apología del terrorismo (pena: "no menor de ocho ni mayor a diez años"), así como sancionando dicha conducta ilícita en caso se realice a través de medios de comunicación social o uso de tecnologías (pena: "no menor de diez ni mayor a doce años"), ante la presencia de menores de edad (pena: "no menor de doce ni mayor a quince años") o el agente se aproveche de su condición de director o docente de una institución educativa (pena: "no menor de quince ni mayor a dieciocho años"), en los siguientes términos:

"Artículo 316-A.- Apología del terrorismo.

- 1. El que públicamente exalta, justifica, legitima o enaltece cualquiera de los delitos previstos en el Decreto Ley N° 25475 o la persona que haya sido condenada con sentencia consentida o ejecutoriada como su autor o partícipe, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años.*
- 2. Si se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como Internet u otros análogos, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años, imponiéndose trescientos sesenta días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal.*
- 3. Si se realiza ante la presencia de menores de edad, en ceremonias, festividades, actos sociales u otro análogo, la pena privativa de la libertad será no menor de doce ni mayor de quince años, imponiéndose cuatrocientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36 del Código Penal.*

4. *Si el agente lo realiza en su condición de director, subdirector, personal docente o administrativo de una institución educativa, mediante objetos, textos escolares, escritos, imágenes visuales o auditivas destinadas a la enseñanza, la pena privativa de libertad será no menor de quince ni mayor de dieciocho años, imponiéndose quinientos días multa e inhabilitación del ejercicio del cargo, conforme al numeral 9) del artículo 36 del Código Penal.*"

- Modificar el numeral 9) del artículo 36° del Código Penal, a efectos de adecuar su contenido a lo señalado en el nuevo artículo 316°- A propuesto en la presente iniciativa legal.
- Modificar el artículo 316° del Código Penal, incrementándose de uno a cuatro años –como mínimo– y de cuatro a ocho años –como máximo– la pena privativa de la libertad para el tipo base del delito de apología; asimismo, se incorpora delitos para el tipo agravado, tales como: Parricidio, Asesinato, Femicidio, Sicariato, Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar, Violación Sexual, Proxenetismo, Pornografía Infantil, Hurto Agravado, Robo Agravado, Extorsión, Tráfico Ilícito de Inmigrantes, Marcaje, entre otros, el cual tendría una pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, en los siguientes términos:

"Artículo 316.- Apología.

El que públicamente exalta, justifica, legitima o enaltece un delito o a la persona que haya sido condenada con sentencia consentida o ejecutoriada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si la apología se hace de delito previsto en los artículos 107 al 108-D, 121-B, 152 al 153-A, 170 al 176-A, 179 al 181-B, 182-A al 183-B, 186, 189, 200, 201, 273 al 279-F, 296 al 302, 303-A al 303-B, 315, 317, 317-A, 318, 318-A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado o de la persona que haya sido condenada con sentencia firme o ejecutoriada como su autor o partícipe, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, trescientos días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal."

- Finalmente, se deroga o se deja sin efecto las normas que se opongan a la presente Ley; y se establece que la norma entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

LA CONCEPCIÓN INTEGRAL DEL DELITO DE APOLOGÍA COMO LÍMITE LEGÍTIMO A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN, EXPRESIÓN, OPINIÓN Y DIFUSIÓN DEL PENSAMIENTO

En la actualidad, qué duda cabe que el accionar terrorista ha modificado su estrategia, dejando de lado -momentáneamente- la utilización de la violencia sistematizada para dar paso a un trabajo que prioriza la persuasión y el convencimiento a través de la infiltración de entidades educativas -a nivel básico, secundario y universitario-, así como organizaciones sociales diversas que sirven de fachadas para la realización de sus actividades de captación de ciudadanos jóvenes y disconformes con el sistema democrático en general.

Ello exige de parte del Estado en general –Legislativo, Ejecutivo, Judicial y demás órganos constitucionales-, reformular de manera seria su estrategia de lucha antiterrorista y comprender que la regulación de las conductas merecedoras de reprochabilidad social y jurídico-penal deben ser también reformuladas para adaptarlas a las actuales exigencias que significa hacer frente y combatir al accionar del terrorismo, entendido como flagelo social que pone en peligro el sistema democrático en su conjunto.

Al respecto, 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".

Sobre el particular, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales el Perú es parte –de manera expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸ (firmado por nuestro país el 11 de agosto de 1977 y ratificado el 28 de abril de 1978) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹ (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), se agrega a la expresión de frases o discursos, el requisito de idoneidad para la "incitación", es decir, el discurso apologético 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 instigación o inducción³⁰, que no requiere la ejecución de un hecho determinado sino un "peligro claro y actual" que éste se cometa. En nuestro ordenamiento jurídico, las conductas idóneas para

²⁸ El Artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

Artículo 20:

1° Toda propaganda en favor de la guerra está prohibida por la ley.

2° Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia está prohibida por la ley.

²⁹ El Artículo 18.15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala:

Artículo 13-

1.-

3° Está 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.

³⁰ El Código Penal peruano tipifica la inducción en diversos delitos de la parte especial. Entre otros, los señalados en los artículos: 148, 149, 150, 352, 359 y 404-A.

la incitación pueden subsumirse en el artículo 6° del Decreto Ley N° 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.

En este contexto, no puede reputarse como legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de las demás libertades informativas, la exaltación o justificación de hechos gravísimos claramente probados e incontrovertidos como son los actos terroristas perpetrados por las organizaciones de Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, que además han sido judicialmente acreditados.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado los alcances de una concepción razonable de la libertad de expresión dentro de un Estado Constitucional de Derecho, cuando señala:

"(...) la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales"³¹ (la cursiva y subrayado son nuestros).

Por tal razón, no puede permitirse que, en base a una concepción excesivamente laxa y errada de las libertades informativas, tenga lugar el menosprecio y la lesión de un grupo social nada desdeñable que se ha visto directa o indirectamente afectado por los actos terroristas que tuvieron lugar en nuestro país, los mismos que pueden tener lugar al exaltar comportamientos, hechos o personas deleznable, o –de igual manera- al intentar minimizarlos o desdeñarlos, distorsionando en forma antojadiza e interesada el curso y sentido real de dichos acontecimientos, y -lo que es peor- procurando generar una opinión de la población favorable al terrorismo.

A nivel de aplicabilidad, la libertad de expresión no debe ser entendida, en todos los casos, como una libertad preferente cuyo contenido deba primar³², 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. Así lo ha asumido el Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 06712-2005-HC/TC, cuando señala:

³¹ Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-118 del 03 de octubre de 2006, párr. 12.

³² 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.iicsp.unhcr.org/peru/papers/2006/200631e3d47632a0547d19d1763d93c13.pdf> Consultado el 11 de diciembre de 2012.

"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 freedoms 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 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)"³³ (la cursiva es nuestra).

Finalmente, entendiendo que ciertos derechos que se encuentran en nuestra Constitución no son absolutos, sino que estos deben ser vistos desde un sentido amplio y realizar determinados test de proporcionalidad, es que la propuesta legislativa tiene como propósito el evitar que se siga difundiendo o justificando el pensamiento terrorista en universidades, medios de comunicación o rememorando a través de mausoleos u otros el accionar de un grupo sedicioso –terrorista-, con la única finalidad de alterar el orden democrático y poniendo en zozobra a nuestra población; y será con esta iniciativa legal que los jueces en materia penal tendrán un instrumento más preciso que les permita cumplir de mejor manera con su labor.

EFFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa al modificar el artículo 316° del Código Penal procura optimizar las condiciones para la tranquilidad pública y la seguridad nacional, en la medida que comprende conductas antisociales que colisionan directamente con el sistema democrático y el ordenamiento constitucional, a través de actos de exaltación o justificación que generan un clima de permisividad respecto de la violencia terrorista, que no sólo afecta a las víctimas del terrorismo en nuestro país y sus familiares, sino que amenaza gravemente al Estado y nuestra propia estabilidad social.

³³ Ver en: <http://legislativa.def/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La aprobación del presente proyecto de ley no genera ni implica ningún costo adicional para el erario nacional, salvo el que es propio de las necesarias capacitaciones que deben realizar todos los órganos materialmente jurisdiccionales para la adecuada preparación de sus integrantes y operadores jurídicos, lo cual se hará con cargo a los pliegos presupuestales de las instituciones competentes.

Adicionalmente, esta propuesta constituye un mecanismo legal destinado a reforzar la estrategia del Estado contra el accionar terrorista y sus diversos organismos de fachada, a través de la tipificación de conductas que, excediendo el margen socialmente reconocido de las libertades fundamentales, supone un pernicioso proceder que exalta o justifica, según sea el caso, los actos de violencia terrorista perpetrados en nuestro país.

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

RELACION DE LA INICIATIVA CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legal se enmarca en las siguientes políticas de Estado del Acuerdo Nacional:

- Política de Estado N° 26: Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas.
- Política de Estado N° 30: Eliminación del terrorismo y afirmación de la reconciliación nacional.

Lima, 21 de noviembre de 2016.