

## **Democracia militante y libertad de expresión**

**César Landa Arroyo**  
**Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú**

El proyecto de ley para sancionar penalmente el negacionismo de los delitos de terrorismo no puede ser analizado sin enmarcarlo en los parámetros de nuestro Estado democrático constitucional. Sin embargo, la democracia se concibe hoy como una democracia procedimental, en lugar de partir de la fundamentación basada en valores y principios que le dieron grandeza política y moral (*liberté, égalité et fraternité*).

Si la solicitud de inscripción del Movadef ante el Registro de Organizaciones Políticas del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) fue rechazada válidamente porque esta organización suscribe el “pensamiento Gonzalo”, que constituyó una doctrina de carácter criminal y totalitaria, de actitud despectiva frente a todo principio humanitario, como señaló el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, es bueno preguntarse si la negación de tales delitos también debería ser proscrita.

Al parecer, el juicio sobre el que se basó el JNE se fundamentaba en una idea de la democracia militante. La acepción del concepto de la “democracia militante” fue acuñada por Karl Loewenstein en un trabajo publicado desde el exilio norteamericano, durante los acontecimientos registrados con Hitler en el poder, en su natal Alemania, en alusión al dramático llamamiento que formula para salvar la democracia de sus enemigos, aunque sea al precio de redefinirla como disciplinada o autoritaria (Loewenstein, Karl: “Militant Democracy and Fundamental Rights”. *The American Political Science Review*, volumen XXXI, número 3, pp. 417 y ss., y volumen XXXI, número 4, pp. 638 y ss., ambas de 1937).

Esta expresión surgió para argumentar que la democracia alemana de la Constitución de Weimar de 1919 sucumbió ante los enemigos de la libertad precisamente por no ser militante. Pero esta postura ha sido valorada como contradictoria, porque se estaría cercenando antidemocráticamente el pluralismo político. En esa línea se sostiene que la democracia es más que un método de gobierno, pues se trata de un régimen político no neutral ni agnóstico, sino que profesa unos valores, una ética que se vierte en todo el ordenamiento jurídico (Torres del Moral, Antonio: “Terrorismo y principio democrático”. *Revista de Derecho Político*, número 78, 2010, pp.144-145).

En este sentido, es legítimo sancionar la acción terrorista que atenta contra los principios democrático-constitucionales previstos en una ley que sea constitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró en la sentencia sobre la legislación antiterrorista que la apología del terrorismo, del artículo 7.º del decreto ley 25475 y, por extensión, el artículo 1.º del decreto ley N.º. 25880, eran en principio inconstitucionales en cuanto tipificaban el delito de apología del terrorismo en su versión genérica y agravada.

En efecto, esos tipos penales no describían con precisión el objeto sobre el que debía recaer la apología y lo que debía entenderse por ella. Esto constituyó una infracción al principio de legalidad penal y, simultáneamente, una violación de la libertad de información y expresión, pues, conjuntamente considerados, permitían una limitación desproporcionada e irrazonable de tales libertades. Más aún: el Tribunal Constitucional

consideró que detrás de estos tipos penales en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello el Tribunal consideró que, en resguardo de estas libertades, los jueces del Poder Judicial debían ser especialmente sensibles en su protección y, por lo tanto, aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20.º 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.

Por ello, el Tribunal Constitucional señaló:

[...] no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituye delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- c) 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,
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso (véase STC número 0010-2002-AI/TC, FJ 88).

Es cierto que la Constitución garantiza que toda persona goza de la libertad de pensamiento y que no hay persecución por razón de ideas, ni delito de opinión (artículo 2.º, inciso 3, Constitución). Sin embargo, las libertades y derechos no son absolutos; por eso, el supremo intérprete de la Constitución señaló que la persecución penal del delito de apología del terrorismo debía hacerse bajo el principio de intervención mínima, de acuerdo con los estándares de la calificación de lo que se tipificaría como apología del terrorismo.

Pero el proyecto de ley sobre el “negacionismo” de los delitos de terrorismo, a pesar de que se encuentra directamente vinculado al extremo del fallo del Tribunal Constitucional sobre la apología del terrorismo, hace caso omiso de éste en lo que se refiere a establecer límites a la libertad de expresión proterrorista. En este entendido la ley penal ha previsto, por un lado, que una acción comisiva —apología del terrorismo— puede infringir el bien jurídico de la paz social, pero ampliarla a la acción omisiva —negacionismo del terrorismo— constituiría una medida gravosa, que debe ser examinada mediante un *test* de proporcionalidad, a través de sus tres subexámenes:

*Test* de la adecuación: Hay que preguntarse si la finalidad que persigue el proyecto es adecuada a los mandatos de la Constitución. Se puede responder que la lucha contra el terrorismo está prevista en la Carta Magna. No olvidemos que el terrorismo es uno de los pocos delitos constitucionalizados; es decir, que el poder constituyente ha proscrito directamente este tipo delictivo, dado que no solo infringe la ley sino, sobre todo, el orden democrático constitucional. En consecuencia, el proyecto de ley pasa el *test* de la adecuación.

*Test* de necesidad. La cuestión por saber es si la medida que postula el proyecto de ley es, entre otras posibles, la menos gravosa para lograr la finalidad que es constitucional. Al respecto, corresponde que el legislador elija la medida más eficaz y a su vez menos gravosa, para hacer la disposición constitucional. Pero, como han señalado varios

especialistas, existen otras medidas con el mismo objetivo constitucional que no afectan derechos, como la “pedagogía cívica” (Lerner, Salomón: “Una ley que distorsiona la memoria”.Diario *La República*, Lima, 9 de septiembre del 2012), dado que la formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar (artículo 14. °, Constitución). Ésta no afecta las libertades de opinión, expresión e información, y cumple con la finalidad perseguida.

Al no haber pasado el segundo *test*, no corresponde hacer el tercero, el de proporcionalidad en sentido estricto. Por este motivo, se puede concluir que el proyecto de ley termina distorsionando el cumplimiento de los deberes primordiales del Estado, como garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, entre otros (artículo 44. °, Constitución).

La limitación a la libertad de expresión de los “negacionistas” tendrá que interpretarse con ponderación, limitando razonada y proporcionalmente los derechos fundamentales que el artículo 2°, inciso 3, de la Carta Fundamental estipula: no hay persecución por razón de ideas o creencias; claro está, siempre que no vayan en contra el orden democrático y no alteren ilegalmente el orden público constitucional.

La necesidad de defender a la democracia de fines odiosos y preservar las cláusulas constitutivas y los elementos sustanciales del Estado democrático constitucional, como la división de poderes y los derechos fundamentales, obliga a los poderes públicos a hacer respetar tanto los principios y derechos básicos de los ciudadanos, como los deberes que como sujetos públicos están obligados a cumplir. Por ello, no es inconstitucional actuar contra el “negacionismo” en un sentido positivo, estableciendo a través de la educación una sujeción aún mayor al orden constitucional y reclamar un deber positivo de realización, de defensa activa y de pedagogía democrática.

**Fuente: Revista ideele**