

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



Relevancia del derecho fundamental a la libertad de  
expresión en la configuración típica del delito de apología  
del terrorismo

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho  
Penal que presenta:

*Luis Eduardo Pérez Díaz*

Asesora:

*Lucía Betty Nuñovero Cisneros*

Lima, 2025

## Informe de Similitud

Yo, Lucía Betty Nuñovero Cisneros, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis titulada(o) **Relevancia del derecho fundamental a la libertad de expresión en la configuración típica del delito de Apología de Terrorismo**, de el autor Luis Eduardo Pérez Díaz, dejo constancia de lo siguiente:

El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 30 de octubre de 2025.

He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.

Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 30 de octubre de 2025.

|   |   |
|---|---|
| Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:<br>Lucía Betty Nuñovero Cisneros                    |   |
| DNI:<br>42240570  | Firma<br> |
| ORCID:<br><a href="https://orcid.org/0000-0001-5309-7887">https://orcid.org/0000-0001-5309-7887</a> |   |

Dedico este trabajo a quienes creyeron en mí, a mi familia, mis amigos y quienes, con su apoyo y comprensión, hicieron posible que este esfuerzo se convirtiera en una realidad.



## AGRADECIMIENTO

A mi madre, por su paciencia, apoyo constante y comprensión durante todo el proceso de elaboración de esta tesis. Su confianza y aliento inquebrantable fueron fundamentales para sobrellevar las dificultades y culminar este trabajo con serenidad y determinación.

A mi prima, Elva Yeraldí Vaca Díaz, por su apoyo emocional y su compañía permanente a lo largo de mis dos años de estudio de maestría. Su presencia, comprensión y ánimo fueron un sostén invaluable que me permitió mantener la constancia y el equilibrio necesarios para alcanzar esta meta.

A mi amigo, Eldon David Vásquez Bazán, por sus valiosos aportes, observaciones y las conversaciones que contribuyeron a enriquecer el enfoque de esta investigación. Su disposición para el diálogo y su visión crítica fueron un estímulo importante en el desarrollo de este trabajo.

A mi asesora, Dra. Betty Lucía Nuñovero Cisneros, por su orientación académica, su acompañamiento constante y su exigencia rigurosa a lo largo de la redacción. Sus consideraciones y observaciones, siempre pertinentes y precisas, coadyuvaron significativamente a mejorar la estructura y la solidez argumentativa del estudio.

Finalmente, a mis amigos y familiares, quienes, de manera directa o indirecta, ofrecieron su apoyo, comprensión y aliento durante las diferentes etapas de esta investigación. A todos ellos, expreso mi más sincero reconocimiento y gratitud.

## RESUMEN

La presente tesis analiza el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el delito de apología del terrorismo, tipificado en el artículo 316-A del Código Penal peruano. Se plantea como objetivo principal proponer una interpretación constitucional y dogmática de dicho delito que respete los principios de legalidad y lesividad. La hipótesis sostiene que la redacción del tipo penal adolece de vaguedad y ambigüedad, lo que puede derivar en una aplicación desproporcionada contraria a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión.

La metodología utilizada es dogmática y comparada, sustentada en tres pilares teóricos: el riesgo permitido como criterio de exclusión de tipicidad; los delitos de peligro abstracto y sus exigencias de racionalidad normativa; y los delitos de provocación como anticipación punible. A partir de estos ejes, se examina el contexto jurídico peruano, la evolución jurisprudencial y las experiencias normativas comparadas, especialmente de España y del sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se concluye que solo los discursos que exceden el riesgo permitido y poseen capacidad incitadora real pueden ser legítimamente sancionados. En consecuencia, se propone una interpretación del artículo 316-A que armonice la protección de la tranquilidad pública con el respeto irrestricto a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Palabras clave: libertad de expresión, apología del terrorismo, riesgo permitido, delitos de peligro abstracto, delitos de provocación, principio de lesividad, Estado constitucional.

**ABSTRACT**

*This thesis examines the conflict between the fundamental right to freedom of expression and the offense of advocacy of terrorism, as defined in Article 316-A of the Peruvian Criminal Code. Its main objective is to propose a constitutional and dogmatic interpretation of the offense that upholds the principles of legality and harm. The hypothesis suggests that the provision is drafted with conceptual vagueness and ambiguity, which may lead to disproportionate enforcement contrary to international standards on freedom of expression.*

*The methodology is both dogmatic and comparative, grounded in three theoretical pillars: permitted risk as a criterion for excluding criminal liability; abstract endangerment offenses and their requirement of normative rationality; and provocation offenses as anticipatory forms of punishment. Based on these foundations, the thesis analyzes the Peruvian legal framework, jurisprudential developments, and comparative law experiences, particularly those of Spain and the European Court of Human Rights.*

*It concludes that only those forms of expression that exceed permitted risk and possess a real capacity for incitement may be legitimately sanctioned. Accordingly, it proposes an interpretation of Article 316-A that balances the protection of public order with full respect for freedom of expression in a democratic society.*

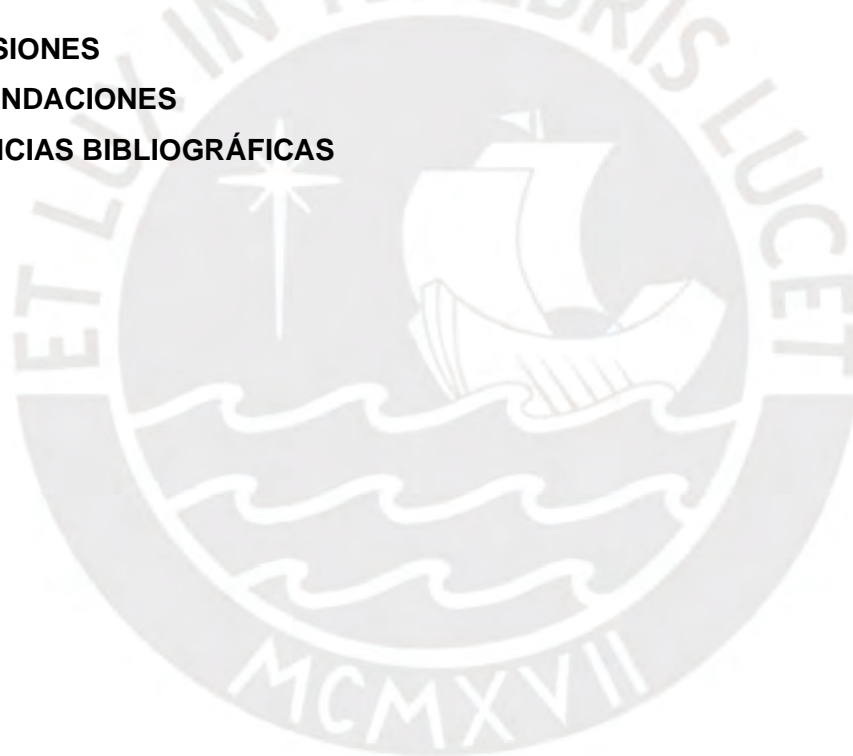
**Keywords:** *freedom of expression, advocacy of terrorism, permitted risk, abstract endangerment offenses, provocation offenses, harm principle, constitutional state.*

## ÍNDICE

|  | Pág.       |
|--|------------|
| <b>RESUMEN</b>   | <b>II</b>  |
| <b>ÍNDICE</b>  | <b>VII</b> |
| <b>ÍNDICE DE TABLAS</b>  | <b>X</b>   |
| <b>INTRODUCCIÓN</b>  | <b>11</b>  |
| <b>CAPÍTULO I</b>  | <b>14</b>  |
| <b>EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y LÍMITES CONSTITUCIONALES</b>   | <b>14</b>  |
| 1.1. Las normas de permisión derivadas de la libertad de expresión.  | 15         |
| 1.2. Peligro abstracto, conductas comunicativas y principio de lesividad.  | 21         |
| 1.3. El delito de apología del terrorismo en el Derecho Penal peruano.   | 26         |
| 1.3.1. Primera tipificación en la legislación peruana.   | 27         |
| 1.3.2. Derogación del decreto ley N.º 46 e incorporación de la apología del delito en el Código penal de 1991.                               | 33         |
| 1.3.3. El Decreto Ley N.º 25475 de 1992, antecedente inmediato del artículo 316-A vigente en el Código Penal peruano.                        | 34         |
| 1.3.4. Inconstitucionalidad del decreto Ley N.º 25475  | 38         |
| 1.3.5. Reformas de los Decretos legislativos N.º 924 de 2002, N.º 982 de 2007 y la actual tipificación de la Ley N.º 30610 de 2017           | 45         |
| 1.3.6. Bien Jurídico protegido en el delito de apología del terrorismo   | 50         |
| 1.3.7. Tipicidad objetiva del delito de apología al terrorismo   | 55         |
| 1.3.8. Cuestionamiento a la Constitucionalidad del artículo 316-A del Código penal   | 61         |
| 1.4. El delito de apología del terrorismo como acto preparatorio en la forma de provocación  | 68         |
| 1.4.1. Revisión de la tipificación de la apología del terrorismo en la legislación peruana y su consolidación como acto preparatorio punible | 68         |
| 1.4.2. Delimitación dogmática de los actos preparatorios punibles en el derecho penal peruano  | 79         |
| 1.4.3. El elemento incitador en la apología del terrorismo y su vinculación como forma de provocación  | 82         |
| 1.5. Contenido, evolución y extensión de la libertad de expresión  | 88         |
| 1.5.1. La libertad de expresión como derecho fundamental   | 88         |
| 1.5.2. Obligaciones estatales frente a la libertad de expresión  | 92         |
| 1.5.3. Fundamentos y límites a la libertad de expresión  | 94         |

|  |            |
|--|------------|
| 1.5.4. Límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos                                | 97         |
| 1.5.5. El <i>efecto desaliento</i> como límite estructural del derecho penal frente a la libertad de expresión                               | 98         |
| 1.6. Toma de postura   | 100        |
| <b>CAPÍTULO II</b>   | <b>102</b> |
| <b>EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN LA ACTUALIDAD</b>  | <b>102</b> |
| 2.1. Tratamiento de la apología del terrorismo frente a nuevas realidades criminológicas   | 102        |
| 2.1.1. Peligros terroristas actuales   | 103        |
| 2.1.2. Tratamiento del terrorismo en el derecho internacional  | 105        |
| 2.1.3. Tipificación internacional sobre la apología del terrorismo   | 108        |
| 2.1.4. La apología del terrorismo y el uso de las redes sociales   | 109        |
| 2.2. El delito de apología del terrorismo en el derecho comparado  | 111        |
| 2.2.1. Ámbito europeo  | 112        |
| 2.2.2. Ámbito latinoamericano  | 122        |
| 2.3. Aplicación y casuística del delito de apología al terrorismo en Perú  | 126        |
| 2.3.1. Nivel de incidencia y trámite a nivel Fiscal de las denuncias de Apología del Terrorismo  | 126        |
| 2.3.2. Análisis de la aplicación del artículo 316-A del Código penal   | 136        |
| 2.4. Toma de postura   | 141        |
| <b>CAPÍTULO III</b>  | <b>143</b> |
| <b>PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL TIPO PENAL DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO</b>  | <b>143</b> |
| 3.1. Planteamiento general: la libertad de expresión como marco interpretativo del delito de apología del terrorismo                         | 143        |
| 3.1.1. Relevancia del derecho a la libertad de expresión en el delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano | 144        |
| 3.1.2. Proyección de la libertad de expresión sobre cada uno de los elementos del tipo penal del artículo 316-A del Código penal             | 146        |
| 3.2. Relevancia de la libertad de expresión desde la perspectiva del riesgo permitido  | 148        |
| 3.2.1. La configuración de un discurso como realizador del riesgo típico del delito de apología del terrorismo                               | 149        |
| 3.2.2. El juicio <i>ex ante</i> como exigencia de exclusión de conductas socialmente toleradas   | 152        |

|   |            |
|---|------------|
| 3.3. Relevancia de la libertad de expresión desde la perspectiva del peligro abstracto  | 156        |
| 3.3.1. La apología del terrorismo como un delito de peligro abstracto y su incompatibilidad con la interpretación del Tribunal Constitucional | 156        |
| 3.3.2. Exigencias mínimas de certeza y racionalidad para interpretar la apología del terrorismo como delito de peligro abstracto              | 159        |
| 3.4. Relevancia de la libertad de expresión desde los delitos de provocación  | 162        |
| 3.4.1. Delimitación dogmática del delito de apología del terrorismo como delito de provocación  | 163        |
| 3.4.2. Tendencia del elemento incitador del tipo penal y su relación con la tranquilidad pública como bien jurídico protegido                 | 165        |
| 3.5. Necesidad criminológica de la existencia del delito de apología del terrorismo   | 168        |
| <b>CONCLUSIONES</b>   | <b>171</b> |
| <b>RECOMIENDACIONES</b>   | <b>173</b> |
| <b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>   | <b>175</b> |



## ÍNDICE DE TABLAS

|   |     |
|---|-----|
| Tabla 1. Número de denuncias por apología del terrorismo denunciados en el Ministerio Público a nivel nacional, por año según distrito fiscal (2019-2023) ..... | 128 |
| Tabla 2. Número de denuncias por apología del delito de terrorismo en el sistema de bandeja fiscal (2019-2023).....   | 129 |
| Tabla 3. Número de denuncias por el delito de apología del terrorismo en el sistema de gestión fiscal del Ministerio Público (2019-2013) .....                  | 130 |
| Tabla 4. Número de denuncias por Apología del terrorismo en el sistema de información de apoyo al trabajo fiscal (2019-2023).....                               | 131 |



## INTRODUCCIÓN

En un Estado democrático de derecho, el ejercicio de la libertad de expresión constituye una piedra angular de la deliberación pública, el pluralismo ideológico y el control del poder (Berdugo, 2025). No obstante, este derecho fundamental no es absoluto: encuentra límites cuando entra en tensión con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como la seguridad, la paz pública o la estabilidad del orden institucional. En el Perú, el delito de apología del terrorismo, tipificado en el artículo 316-A del Código Penal, representa uno de los escenarios más complejos en los que se expresa esta tensión. La posibilidad de expresar ideas impopulares o disonantes se confronta con la preocupación del Estado por prevenir formas de violencia ideológica.

En tal sentido, el problema de investigación que guía esta tesis se formula de la siguiente manera: ¿cómo se construye la tipicidad del delito de apología del terrorismo si se analiza su configuración desde la libertad de expresión como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano? La relevancia de esta pregunta radica en que el artículo 316-A del Código Penal sanciona conductas comunicativas cuyo contenido puede estar protegido por el marco constitucional e internacional de derechos humanos, lo que exige un análisis riguroso que evite interpretaciones expansivas del *ius puniendi*.

La hipótesis de la investigación sostiene que la construcción de la tipicidad del artículo 316-A del Código Penal, en atención a la naturaleza del derecho a la libertad de expresión que restringe, exige que la delimitación de los contornos prohibidos del comportamiento cumpla con las garantías de legalidad, legitimidad y proporcionalidad. En esa línea, la determinación de la norma de comportamiento no debe agotarse en el análisis penal, sino que debe complementarse con los parámetros desarrollados por el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos en materia de libertad de expresión. Desde esta perspectiva, las reformas introducidas al tipo penal a partir del año 2016 resultan todavía insuficientes para armonizar su contenido con los estándares de un Estado constitucional de derecho, por lo que se propone un desarrollo interpretativo que permita compatibilizar esta figura penal con las exigencias garantistas contemporáneas.

El objetivo general de la tesis es argumentar y proponer una correcta construcción típica del delito de apología al terrorismo en base a las exigencias constitucionales de legalidad, lesividad y proporcionalidad para la restricción del derecho a la libertad de expresión. Para ello, se plantea un marco de análisis fundado en los principios del

Estado constitucional de derecho, el derecho penal mínimo y la protección reforzada de los derechos fundamentales.

La metodología utilizada es dogmática y comparada. Se desarrolla un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, tanto nacional como extranjero, estructurado sobre tres pilares teóricos: (i) el riesgo permitido como criterio de exclusión de tipicidad; (ii) los delitos de peligro abstracto y sus exigencias de racionalidad y certeza normativa; y (iii) los delitos de provocación como forma anticipada de punibilidad basada en el elemento incitador del discurso.

De este modo, el capítulo I desarrolla los fundamentos teóricos y constitucionales del problema. En primer lugar, se examina la teoría del riesgo permitido y su aplicabilidad al ámbito de los delitos expresivos, destacando su función como límite estructural del tipo penal. Luego, se analiza la categoría de los delitos de peligro abstracto, señalando sus presupuestos de legitimidad desde el principio de lesividad y su impacto en la delimitación del injusto penal. Posteriormente, se aborda la noción de provocación como forma punible de incitación pública y se contrasta con figuras afines como la instigación. Finalmente, se estudia el artículo 316-A desde una perspectiva dogmática y constitucional, analizando sus antecedentes normativos, su evolución jurisprudencial, el bien jurídico protegido, y los límites del derecho a la libertad de expresión desde el marco constitucional e internacional.

Por su parte, el capítulo II realiza un análisis empírico y comparado del tratamiento de la apología del terrorismo en el contexto actual. Se examinan los nuevos riesgos criminológicos asociados al terrorismo global y su expresión en entornos digitales. Luego, se aborda la tipificación del discurso apologético en el derecho internacional y en ordenamientos extranjeros, con especial énfasis en el modelo europeo y latinoamericano. En el caso peruano, se presenta una sistematización de jurisprudencia reciente, datos estadísticos sobre la aplicación del artículo 316-A, y testimonios de operadores jurídicos, con el objetivo de determinar si esta figura penal cumple una función preventiva legítima o si actúa como mecanismo de represión simbólica del disenso ideológico.

Finalmente, el capítulo III contiene la propuesta interpretativa central de la tesis. En él se articula una reconstrucción dogmática del artículo 316-A a partir de los tres pilares teóricos desarrollados previamente. Primero, se plantea una delimitación del tipo penal basada en el riesgo permitido, identificando cuándo una expresión queda excluida de la tipicidad penal. Luego, se analiza la viabilidad de interpretar este delito como uno de

peligro abstracto conforme a exigencias de racionalidad normativa y evidencia contextual. Finalmente, se propone considerar la apología del terrorismo como un delito de provocación, exigible de un contenido incitador, conforme a los estándares establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia nacional reciente. Esta propuesta busca reforzar la legitimidad constitucional del tipo penal, evitando una criminalización desproporcionada del discurso político o ideológico.

Como resultado general, la tesis concluye que el delito de apología del terrorismo solo es constitucionalmente válido si se interpreta como una forma de provocación incitadora con capacidad real de generar riesgo. Cualquier aplicación que prescinda de este elemento supone una restricción ilegítima a la libertad de expresión y pone en riesgo los fundamentos del pluralismo democrático. Por ello, se propone una lectura del artículo 316-A que respete los principios del Estado constitucional de derecho y la doctrina penal garantista.



## CAPÍTULO I

### EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y LÍMITES CONSTITUCIONALES

Este primer capítulo consta de cinco acápite que desarrollan las bases teóricas y normativas para comprender la figura del delito de apología del terrorismo actualmente tipificado en el artículo 316-A del Código Penal peruano. El primer acápite desarrolla la teoría del riesgo permitido, siendo esta una de las bases teóricas a partir de las cuales se propone dotar de contenido al tipo penal de apología del terrorismo. Seguidamente, en el segundo acápite, se presentan las distintas fundamentaciones dogmáticas de los delitos considerados 'de peligro abstracto', y se defiende, desde el principio de lesividad, la necesidad de que toda conducta típica bajo esta categoría posea una conexión material con un riesgo identificable.

En el tercer acápite se examina la evolución normativa y jurisprudencial de la apología del terrorismo en el derecho penal peruano, desde sus antecedentes en el siglo XX, pasando por el Decreto Ley N.º 25475 del 03 de noviembre de 1992, hasta su tipificación actual del artículo 316-A del Código penal, incorporada por medio de la Ley N.º 30610 del 17 de noviembre de 2017. A continuación, en el cuarto acápite, se desarrolla una reconstrucción dogmática del delito de apología del terrorismo como acto preparatorio punible. Para ello, se recurre al modelo español del artículo 18 de su Código Penal de 1995 y a la doctrina comparada, con el fin de dotar de mayor sistematicidad al tipo penal peruano de apología del terrorismo; asimismo, se analiza el contraste con la sentencia del Tribunal Constitucional N.º 370/2022, del 08 de noviembre de 2022, destacando la importancia de una interpretación que permita diferenciar entre expresiones legítimas y discursos incitadores, conforme a los principios del derecho penal de acto y el Estado constitucional de derecho.

Finalmente, en un quinto acápite se revisa el marco teórico normativo general de la libertad de expresión que resulta pertinente para interpretar los alcances del delito de apología del terrorismo. Se analiza este derecho fundamental desde su génesis estrictamente individual en el siglo XX hasta su configuración colectiva después de la Segunda Guerra Mundial; así también, se identifican los límites que desde la doctrina constitucional se han erigido para salvaguardar su eficacia dentro del actual paradigma jurídico-político de un Estado constitucional de Derecho. Estos cinco elementos teóricos y normativos nos permiten analizar el modo en el que las exigencias constitucionales de

legalidad, legitimidad y proporcionalidad sirven para determinar el contenido de una conducta prohibida en materia de libertad de expresión.

### **1.1. Las normas de permisión derivadas de la libertad de expresión.**

El concepto de riesgo permitido en la teoría de la imputación objetiva como respuesta frente a la realización de una conducta que, a pesar de ser la causa de un resultado lesivo, no puede ser penalmente imputada por encontrarse aceptada socialmente o por una norma legal. Dogmáticamente, el riesgo permitido se configura como una exclusión de la tipicidad objetiva, es decir, cuando la conducta realizada -aunque generadora de peligro- se encuentra dentro de los márgenes normativos tolerados por el ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de un criterio negativo de imputación objetiva (Hurtado, 2005).

Al principio, su aplicación estuvo vinculada a los delitos imprudentes (por ejemplo, en el caso de la conducción de vehículos), pero progresivamente se extendió al ámbito del dolo. Es en este último campo donde ha tenido mayor desarrollo desde la consolidación de la teoría de la imputación objetiva, en donde cumple un papel delimitador del injusto penal (Hurtado, 2005).

Para comprender el alcance actual de esta categoría, cabe recordar que, tras el arribo del finalismo frente a los postulados causalistas en la comprensión del delito, se debatieron dos teorías sobre la causalidad penal: i) *la conditio sine qua non*; y, ii) la teoría de la causación adecuada (Roxin, 1997). Posteriormente, con la vigencia de la primera, surgió la necesidad de evitar una expansión ilimitada de la imputación penal, razón por la cual se desarrolló la teoría de la imputación objetiva. Dentro de esta, el riesgo permitido delimita los casos en los que una conducta, aunque objetivamente riesgosa, no debe ser penalmente atribuida (Hurtado, 2005).

Los principales fundamentos doctrinales del riesgo permitido pueden clasificarse en tres grupos. El primer fundamento propuesto fue el de la utilidad social de la conducta, desarrollado por Roxin (1997), quien sostenía que ciertos riesgos eran aceptados por el legislador en virtud de una "superior utilidad social" (p. 430). En España, esta postura fue adoptada por Mir Puig (2011), quien denominó al fenómeno como "riesgo socialmente adecuado", y en Perú por Villavicencio (2006). Así, este fundamento ha sido aplicado, por ejemplo, en el caso de actos médicos con riesgos inherente como los procedimientos quirúrgicos autorizados; en el ámbito del ejercicio de la comunicación, se ha utilizado para la actividad periodística crítica que, aunque genera tensiones, no excede los límites penales. En todos estos supuestos, la existencia de una utilidad social

objetiva justifica la exclusión de tipicidad, por tratarse de riesgos incorporados y tolerados por el sistema (Villavicencio, 2006).

Sin embargo, ya Müller (1912), según lo reseña Hübner (2004, como se cita en Frisch, 2015), había postulado una idea similar. Para este autor, una conducta es penalmente irrelevante si cumple con los fines de la norma que la legitimó, de modo que el análisis del riesgo debe sopesar el fin normativo frente a la utilidad práctica de la conducta en el caso concreto. Esta fundamentación, sin embargo, ha sido criticada por limitarse al razonamiento del legislador, sin ofrecer criterios claros para la función judicial (Rodríguez, 2016).

Jakobs (1997) propuso una segunda fundamentación, que comprende al riesgo permitido como el resultado de una ponderación normativa de intereses: si el ordenamiento tolera el sacrificio de un interés a favor de otro, el riesgo derivado debe considerarse permitido. Este enfoque guarda similitud estructural con las causas de justificación (como la legítima defensa o el estado de necesidad). Autores como Müller (1912, como se citó en Flores, 2025), Pawlik (2016), así como Kindhäuser y Zimmermann (2024), han enfatizado la cercanía funcional entre la ponderación propia de las causas de justificación y el análisis del riesgo permitido como exclusión de la tipicidad.

Sin embargo, esta propuesta ha sido cuestionada por su complejidad operativa, ya que exige al sujeto tener en cuenta *-ex ante-* el conjunto de intereses en juego, lo cual no es exigible en términos de dolo o previsibilidad razonable (Rodríguez, 2016). Esta dificultad ha sido evidenciada por Pena (2019) justamente para casos de apología del terrorismo, donde esta autora critica el uso de juicios de ponderación en decisiones como la sentencia de la Audiencia Nacional del Tribunal español 1/2017 del 10 de enero de 2017, donde se valoró como delictiva la exhibición de una pancarta con símbolos vinculados a ETA. Según la autora, esta justificación recurre a una presunción abstracta de peligrosidad que exige al autor anticipar el equilibrio entre libertad ideológica y seguridad colectiva, lo que “supone una exigencia desproporcionada y de difícil operatividad en términos de imputación penal” (p. 125).

Una tercera fundamentación -también atribuida a Jakobs (1997)- radica en la legitimación histórica de ciertas conductas. Se sostiene que hay prácticas que, por su reiteración y aceptación a lo largo del tiempo, se han convertido en formas típicas de vida socialmente aceptadas. Esta tesis se conecta con la noción de *adecuación social*

planteada por Welzel (2002), quien afirmaba que aquellas conductas esenciales para la convivencia histórica de una comunidad deben considerarse atípicas.

Autores como Cancio (1993) han mostrado cómo la adecuación social fue absorbida parcialmente por la teoría de la imputación objetiva. No obstante, esta fundamentación también presenta dificultades: la apelación a la historia o al consenso social resulta problemática en contextos pluralistas, donde no existe una homogeneidad valorativa clara (Pastor, 2019).

Más allá de sus diferencias, y siguiendo lo señalado por Hruschka (1988) -en relación con los fundamentos de utilidad social y ponderación de intereses- y por Kindhäuser (2007) -respecto de la legitimidad histórica-, las tres posturas comparten un mismo déficit metodológico: se centran en justificar por qué el legislador autoriza determinadas conductas, pero no ofrecen criterios operativos para que el juez, en un caso concreto, determine la concurrencia de una norma permisiva. En otras palabras, conciben el riesgo permitido como una construcción político-criminal abstracta, orientada al diseño legislativo, sin precisar su funcionalidad en el plano aplicativo judicial (Flores, 2025).

Desde la teoría del derecho, esto implica confundir el fundamento de una norma con su justificación práctica en la aplicación judicial (Bulygin, 2001; MacCormick, 1978). Lo relevante para el operador jurídico no es reconstruir el razonamiento legislativo histórico, sino identificar una regla de permisión aplicable al caso concreto, válida y reconocible según el sistema normativo vigente.

En este sentido, varios autores contemporáneos han propuesto abandonar las nociones generales como “utilidad social” o “consenso normativo” y centrarse en la existencia de una norma de permisión jurídicamente reconocible y operativa que genere un ámbito de exclusión de la tipicidad (Flores, 2025; Cancio, 1993; Silva 2001; Schünemann, 2012). Esta regla puede emanar de normas extrapenales (como el ejercicio legítimo de una profesión o el cumplimiento de un deber) o de principios constitucionales como la libertad de expresión o el principio de confianza.

Este enfoque, que entiende al riesgo permitido como la presencia de una regla habilitante que excluye la tipicidad, es más compatible con los principios del derecho penal. Permite, además, mantener una clara distinción entre antijuridicidad (vinculada a las causas de justificación) y tipicidad (vinculada a la imputación objetiva) en función al origen de la norma que ha construido la regla de permisión. Por ejemplo, realizar una cirugía sin consentimiento puede ser típico, salvo que exista una norma de permisión extrapenal (urgencia médica, deber profesional, etc.) que excluya dicha tipicidad;

mientras que, se excluye la antijuridicidad debido a la presencia de una regla de permisión elaborada sobre la base de una norma intra penal como la legítima defensa o el estado de necesidad justificante (Flores, 2025).

Es así como, en el ámbito de la libertad de expresión también resulta posible identificar reglas de permisión derivadas de este derecho fundamental y conexos. En efecto, un ejemplo de ello lo ofrece la Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 607.2 del Código Penal español consistente en “difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas” sancionado con la pena de prisión de uno a dos años. En dicha sentencia, el Tribunal español sostuvo que la punición de la negación del genocidio resultaba inconstitucional al no superar el *test* de necesidad, en relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión, el cual protege incluso expresiones ofensivas o erróneas, salvo que se acredite una incitación directa al odio o la violencia.

Para ello, invocó una norma constitucional extrapenal -el contenido protegido de la libertad de expresión- como criterio para excluir la tipicidad penal de la conducta. Es decir, entendió que el tipo penal solo puede aplicarse cuando se rebasa el ámbito de tolerancia constitucional, operando bajo una lógica funcionalmente análoga al riesgo permitido. Estableció así, que la conducta negacionista del genocidio, aunque formalmente subsumible en el referido tipo penal, se excluye por estar amparada en una regla habilitante proveniente del ordenamiento jurídico extrapenal incluyendo principios constitucionales operativos, siempre que estos sean reconocibles y normativamente eficaces en el sistema jurídico (Flores, 2025; Cancio, 2004; Schünemann, 2012).

Otro ejemplo de la existencia de riesgos permitidos derivados del principio de libertad de expresión viene dado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Zana vs. Turquía, de 25 de noviembre de 1997. En ella, el TEDH analizó la condena impuesta al exalcalde de Diyarbakir por el delito de haber hecho apología de un acto que la ley castiga como delito (arts. 168 y 312 del Código Penal turco), a raíz de unas declaraciones públicas en apoyo al PKK. La pena fue de doce meses de prisión. Aunque las declaraciones de dicho político no incluían un llamamiento directo a la violencia, el Tribunal concluyó -por mayoría- que, dadas las circunstancias de grave tensión en la región y la ambigüedad del mensaje, la intervención penal no vulneraba el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho a la libertad de expresión.

La sentencia evidencia que la libertad de expresión, aun siendo una regla constitucional de permisión, está sujeta a una evaluación concreta en cada caso, a fin de determinar si la conducta se mantiene dentro del riesgo permitido o si lo excede. Esa evaluación se materializa en la aplicación de criterios como el test de proporcionalidad, que valoran el contenido, el contexto, la forma de difusión y el impacto potencial del mensaje. Así, el TEDH trazó un límite legítimo entre el ejercicio protegido de la libertad de expresión y los discursos que, por sus circunstancias y proyección social, generan un riesgo relevante para la seguridad pública. Desde una perspectiva dogmática, ello puede interpretarse como un reconocimiento de que la libertad de expresión opera como una regla de permisión extrapenal cuyo alcance efectivo solo se define a través de esta ponderación judicial, excluyendo la tipicidad penal únicamente cuando el mensaje no supera el umbral de riesgo que el ordenamiento considera tolerable.

Es así como, tanto en la sentencia del Tribunal Constitucional español 235/2007 como en el análisis ponderativo del TEDH, se partió de verificar que la restricción estaba prevista por la ley y que perseguía un fin legítimo, para luego evaluar su necesidad en una sociedad democrática, fórmula que engloba las tres fases clásicas de la ponderación según el modelo de Alexy (2002): i) idoneidad de la medida para alcanzar el fin; ii) necesidad en el sentido de inexistencia de alternativas menos lesivas con igual eficacia; y, iii) proporcionalidad en sentido estricto, consistente en ponderar la gravedad de la afectación del derecho frente a la relevancia del bien jurídico protegido. Desde esta perspectiva, el análisis de necesidad no constituye un examen autónomo, sino un componente interno del juicio de proporcionalidad general, que permite delimitar si la restricción a la libertad de expresión se mantiene dentro del umbral constitucionalmente tolerable o lo excede.

De este modo, tanto la STC 235/2007 del Tribunal Constitucional español, como la sentencia del TEDH en el caso *Zana vs. Turquía* revelan que, aun tratándose de discursos ideológicamente sensibles o disruptivos, no toda manifestación o expresión crítica o simbólica puede ser subsumida válidamente en un tipo penal como en este caso el de apología del terrorismo. En algunos casos, el discurso permanece dentro del ámbito del riesgo permitido, por no constituir una incitación directa ni un peligro concreto para bienes jurídicos esenciales en función a un juicio ponderativo orientado a determinar si la proporcionalidad de la sanción penal impuesta cumple con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En virtud de lo desarrollado, puede concluirse que la mejor forma de comprender al riesgo permitido no es a través de sus fundamentos históricos o legislativos generales,

sino desde su operatividad práctica: esto es, como la existencia de una norma de permisión aplicable al caso concreto, que excluye la tipicidad objetiva de una conducta riesgosa. Este criterio resulta entonces fundamental para interpretar con proporcionalidad los límites del derecho penal frente a la libertad de expresión en una figura como la del delito de apología de terrorismo contenido en el 316 – A del CP peruano.

Más aún, como se verá más adelante, el análisis del riesgo permitido constituye un presupuesto dogmático para la posterior interpretación del delito de apología del terrorismo, en tanto permite delimitar, desde una lógica garantista, los supuestos en que el adelantamiento de la punibilidad -propio de peligro abstracto o de provocación que serán tratados en los siguientes acápite- puede considerarse constitucionalmente legítimo. Esta afirmación encuentra sustento en la doctrina de Roxin (1997) quien afirma que el juicio de tipicidad en delitos de peligro requiere excluir los riesgos socialmente tolerados, así como en lo desarrollado por Silva (2001) sobre los delitos cuyo núcleo de injusto es una conducta comunicativa, en los cuales el control del riesgo resulta esencial para evitar afectaciones desproporcionadas al derecho a la libertad de expresión.

Así, en el derecho penal peruano, Peña (2017) sostiene que, incluso frente a discursos extremos, debe preservarse un ámbito mínimo de libertad comunicativa, pues el derecho a la libertad de expresión constituye una norma de permisión constitucional en un Estado democrático. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano -en la sentencia del expediente N.º 10-2002-AI/TC, de enero de 2003, sobre la inconstitucionalidad del delito de apología del terrorismo contenido en el artículo 7 del decreto ley 25475- afirmó que las restricciones penales al derecho a la libertad de expresión deben interpretarse de forma restrictiva y con base en criterios objetivos que aseguren su compatibilidad con un sistema democrático.

En consecuencia, no toda restricción penal a expresiones amparadas *prima facie* por la libertad de expresión será inconstitucional: la legitimidad dependerá de si, en un juicio de ponderación, se verifica que la sanción responde a un fin legítimo, es idónea para alcanzarlo, resulta necesaria frente a alternativas menos lesivas y mantiene una proporcionalidad razonable entre la afectación de la libertad de expresión y la protección del bien jurídico. Solo cuando la medida no supere este examen, como puede llegar a ocurrir en supuestos de restricción sin riesgo concreto o incitación directa, la prohibición penal deberá ceder frente a la libertad de expresión.

## **1.2. Peligro abstracto, conductas comunicativas y principio de lesividad.**

La tipificación de delitos 'de peligro' – es decir que solo requieren una puesta en peligro del bien jurídico - por parte del legislador penal no es algo novedoso, sino que sus orígenes pueden rastrearse desde inicios del siglo XX. Sin embargo, desde las últimas décadas del siglo XX y durante el siglo XXI, se ha optado por acudir en mayor medida a criminalizar comportamientos de esta naturaleza, antes que delitos 'de lesión', es decir en los cuales la conducta cause un daño real y efectivo a la víctima. Tal tendencia puede ser explicada por dos fenómenos; en primer lugar, según sostiene Beck (1998), en el ámbito europeo algo que determinó el advenimiento de la sociedad del riesgo fue la crisis nuclear de Chernóbil; en segundo lugar, y más recientemente el atentado terrorista de las torres gemelas de 2001 (Pastrana, 2019). En consecuencia, se ha venido produciendo lo que Silva (2001) denominó la expansión del derecho penal, en especial debido al factor humano en la generación de nuevos y potenciales riesgos de carácter global.

Ahora bien, desde el modelo de Estado social y democrático de derecho se erigen principios limitadores de la facultad punitiva estatal, en particular el principio de lesividad. En virtud de dicho principio se exige que toda conducta considerada como delito conlleve una limitación real o potencial de un bien jurídico protegido (Silva, 2001; Muñoz y García, 2010; Mir, 2011; Castillo, 2002). Así, en relación con la afectación del bien jurídico es posible distinguir actualmente tres clases de conductas: conductas de lesión, en las cuales el bien jurídico se ve efectivamente afectado por el comportamiento; conductas de peligro concreto, que exigen la presencia de un riesgo objetivamente verificable; y, conductas de peligro abstracto, en los que se puede deducir la peligrosidad de la infracción sin verificación empírica (Mir, 2011; Hurtado, 2005; Muñoz y García, 2010).

Además, existen diversos enfoques para conceptualizar a una y otra clase de delitos en función de las probabilidades existentes de que la eventual lesión del bien jurídico se produzca. Un punto partida de partida en la categorización de esta clase de conductas ha sido considerar que tanto los delitos de lesión como los de peligro se hallan interconectados en una relación progresiva; así, el peligro concreto es un paso previo a lesión y el peligro abstracto consiste en el preámbulo de un peligro concreto (Cerezo, 2002).

En función a este planteamiento conceptual, Torío (1981) define a los delitos de peligro abstracto como representativos de una fase previa las que a su vez son consideradas

residuales cuando no pueden ser clasificadas de lesión ni de peligro concreto; similar postura es desarrollada por Terradillos (1999, p. 69) quien considera al acudir a esta clase de figuras como una forma de anticipación de intervención penal que se consuma con la presencia del peligro en un momento previo a la lesión. Empero, el legitimar la presencia de delitos de peligro sobre dicho razonamiento implica una contravención a la definición misma del peligro abstracto pues este implica la no lesión del bien jurídico (Kindhäuser, 1989, como se citó en Mañalich, 2021).

En ese sentido, se han desarrollado otros enfoques para legitimar la presencia de delitos de peligro abstracto. Mañalich (2021), por ejemplo, propone que en realidad existe una independencia entre el ámbito de protección que la norma penal subyacente le otorga a cada clase de conductas de acuerdo con el rol que desempeñe el azar al momento de repeler o prevenir el peligro al que se ha visto expuesto. De este modo, para dicho autor, cuando el titular o beneficiario de un determinado bien jurídico (individual o colectivo) no puede realizar ninguna acción con el objetivo de repeler una eventual lesión se está ante un peligro concreto<sup>1</sup>.

Por su parte, cuando lo que se ve afectado son las condiciones de 'seguridad heterónoma', es decir, aquellas condiciones estructurales del entorno que permiten el disfrute del bien jurídico sin que el titular deba adoptar medidas adicionales para protegerlo, la conducta puede ser calificada como constitutiva de un delito de peligro abstracto. En este contexto, el derecho penal actúa como un mecanismo de protección anticipada frente a riesgos que el individuo no puede evitar por sí solo. Por tanto, la afectación de esta seguridad implica una disminución real en el valor del bien jurídico protegido, aun cuando no exista una lesión concreta. Desde esta perspectiva, lo determinante no es la constatación ex post del daño, sino la idoneidad de la conducta para comprometer dichas condiciones de seguridad, pues es en esa afectación donde se manifiesta una mengua relevante del bien jurídico (Mañalich, 2021).

En una línea similar a la descrita, Feijoo (2005) sostiene que en los delitos de peligro abstracto se está ante una conducta que es intrínsecamente peligrosa en general pues resulta "estadísticamente adecuada para producir lesiones" (p. 317). Es así como, el solo despliegue del comportamiento conlleva tras de sí una carga de peligrosidad, en otras palabras, "el contenido material del injusto se cifra solamente en el desvalor de la acción" (Teijón, 2023, p. 6).

---

<sup>1</sup> Al margen de si tal lesión llega a producirse o no.

Ahora bien, la comprensión del peligro abstracto en los términos descritos ha cuestionado su legitimidad constitucional pues se considera que dada su abstracción y carácter general pueden ser utilizadas de modo que van a comprender todos aquellos injustos que no constituyan delitos de lesión ni de peligro concreto (Torío, 1981). El problema queda delimitado entonces en que tal conceptualización pareciera comprender a un cierto grupo de conductas como generalmente peligrosas al margen de si cada una de ellas consideradas individualmente poseen esa condición (Teijón, 2023).

Dada así la cuestión, surge entonces la interrogante acerca de cuáles son los criterios y el momento para sostener que una conducta es peligrosa; ante ello, una de las principales cuestiones es dilucidar si tal valoración debe realizarse en base a criterios estadísticos fundados en la razón pura por parte del poder legislativo o si, por el contrario, esto constituye una función judicial en cada caso en concreto (Terradillos, 1999).

De ahí que, la determinación de una conducta como peligrosa requiere definir, en primer lugar, qué se entiende por peligro. Así, teniendo en cuenta los alcances del principio de lesividad y la función del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho<sup>2</sup>, en donde la intervención punitiva se justifica en la prevención de ataques dirigidos contra bienes jurídicos, el recurrir a delitos de peligro debe tener en cuenta que la función punitiva del Estado se legitima siempre que se atente contra algún bien jurídico. Por consiguiente, la principal diferencia entre el peligro concreto y el peligro abstracto se encuentra sobre la manifestación del peligro y no en los efectos que cada conducta así considerada pueda producir, pues en ambos casos la lesividad quedará determinada por la posibilidad de que se ataque un bien jurídico protegido (Terradillos, 1999).

Estando ello así, una conducta de peligro abstracto puede definirse como aquella que atenta contra un bien jurídico de carácter difuso proyectado en una realidad abstracta y no en un objeto concreto (Terradillos, 1999). En ese sentido, es correcto lo propuesto por Mañalich (2021) en lo referido a que con el término bien jurídico se hace referencia a una situación de bienestar de una valoración social cuya puesta en peligro o lesión se afectan las propiedades positivas que la conforman; no obstante, a la luz del principio de lesividad, no parece adecuado sostener que la diferencia entre un peligro abstracto

---

<sup>2</sup> En donde los límites que se erigen a la facultad subjetiva del Estado de castigar (*ius puniendi*), en atención a un modelo de Estado Social, exigen que toda intervención de las libertades de naturaleza penal cumpla con la finalidad de proteger a la sociedad en general, al mismo tiempo que, el modelo de Estado democrático requiere que la intervención punitiva se ponga al servicio del ciudadano (Mir, 2011; Villavicencio, 2003).

y uno concreto es el rol del azar en la posibilidad de producción del daño, sino que en ambos casos el peligro es el mismo<sup>3</sup>.

Empero, debe tenerse en cuenta que los bienes jurídicos no se hallan indemnes en una realidad estática, sino que por el mismo hecho de desenvolverse en un contexto social dinámico ya se someten a un riesgo que, para garantizar la convivencia social, se acepta como válido (Cancio, 1993). En consecuencia, lo que se prohíbe acudiendo a la tipificación de delitos de peligro es el incremento de la probabilidad de lesión del bien jurídico.

En virtud de lo descrito, es necesario para la configuración del peligro (ya sea abstracto o concreto) contar con la probabilidad y necesidad de afectación a un bien jurídico protegido, por lo tanto, tal valoración no puede ser realizada en abstracto por el legislador, sino que se debe determinar en cada caso en concreto (Terradillos, 1999; Cerezo, 2002). En consecuencia, cuando se sostiene que se debe realizar un análisis *ex ante* sobre la probabilidad lesiva de la conducta, dicho análisis involucra no solo la posibilidad relevante de afectación y la constatación de la conducta como peligrosa, sino que exige una verificación desde sus efectos (Terradillos, 1999), esto es, una valoración *ex post* a fin de determinar que en el caso concreto se han afectado las condiciones de “seguridad heterónoma”, entendida como el conjunto de condiciones estructurales externas que permiten a los individuos disponer o aprovecharse de un bien jurídico sin necesidad de adoptar medidas individuales desproporcionadas para evitar su afectación (Mañalich, 2021).

Si se prescinde de la comprobación de los elementos de peligrosidad *ex post* de la conducta y de afectación de las condiciones de seguridad heterónoma, se asume que toda realización de la conducta típica es peligrosa por definición. En consecuencia, se corre el riesgo de vulnerar la presunción de inocencia, pues se estaría sancionando la mera actividad sin evidencia suficiente de una puesta en peligro jurídicamente relevante. Por ello, la antijuridicidad material exige que, además de la adecuación típica, se demuestre que el hecho ha lesionado o puesto en riesgo de manera concreta las razones que justifican la protección del bien jurídico previsto por la norma penal (Rusca, 2022).

Por lo tanto, la observancia del principio de lesividad en la tipificación y aplicación de los delitos de peligro abstracto implica una obligación dirigida tanto al legislador como al

---

<sup>3</sup> De esta forma, a fin de evitar ambigüedades en su conceptualización, es preferible utilizar el concepto básico de peligro brindado por el Diccionario de la Lengua española que lo define como el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; situación en que aumenta la inminencia del daño” (Terradillos, 1999).

aplicador. De este modo, en el primer caso, el legislador queda obligado a solo incluir conductas con posibilidad relevante de afectación del bien jurídico (perspectiva *ex ante*). Por su parte, en el segundo caso, el órgano jurisdiccional se encuentra constreñido a aplicar el ordenamiento en su conjunto apreciando atipicidad si no hay peligro probado desde una comprobación *ex post* del comportamiento como peligroso (Terradillos, 1999).

En el caso particular del delito de apología del terrorismo -y tal como se analizará en los capítulos siguientes- la necesidad de una evaluación material de la afectación al bien jurídico se torna aún más relevante, dado que se trata de un delito cuyo núcleo de injusto está compuesto por un acto comunicativo, es decir, un acto en donde la conducta central consiste en el contenido un mensaje cuyo contenido contiene un peligro abstracto.

Así, el tribunal Constitucional peruano, analizando la constitucionalidad del delito de apología del terrorismo, lo ha calificado expresamente como un delito de peligro abstracto, en dos decisiones fundamentales: la STC N.º 0010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, en la que se resolvió la inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, y la STC N.º 00005-2020-AI/TC, del 17 de noviembre de 2022, en la que se resolvió la constitucionalidad del artículo 316-A del Código Penal. En ambos pronunciamientos, el Tribunal estableció que la tipificación penal se configura bajo el entendimiento de que no se requiere la producción de un resultado lesivo concreto, sino que basta con la existencia de una presunción normativa de peligro de la tranquilidad pública y el orden democrático asociada al discurso apologético de un acto terrorista o de su autor.

En ese sentido, diversos autores tanto del ámbito peruano como español han sostenido que la legitimidad constitucional de la apología del terrorismo solo puede sostenerse si se constata, en el caso concreto, que la conducta de apología del terrorismo efectivamente crea una situación de peligro jurídicamente relevante de lesión del orden o tranquilidad pública, en particular del orden democrático (Peña, 2017; Cancio, 2010; Cuerda, 2022).

Esta exigencia no solo responde al principio de lesividad, sino también a los estándares reforzados de imputación que deben observarse cuando se restringe el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión. De allí que la doctrina penal contemporánea, en especial la referida a delitos apologéticos, cuyo núcleo del injusto es una conducta comunicativa, como el de apología del terrorismo<sup>4</sup>, coincida en que la

---

<sup>4</sup> El artículo 316-A del Código Penal es calificado según autores como Peña (2017), Pastrana (2019) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su más reciente sentencia N.º 370-2022

configuración del tipo penal no puede operar sobre presunciones normativas absolutas, sino que requiere valorar si se ha incrementado el riesgo de lesión al bien jurídico -en este caso la tranquilidad pública y el orden democrático- más allá del riesgo permitido, conforme a los criterios desarrollados por la imputación objetiva.

En este marco, el concepto de “seguridad heterónoma” cobra especial importancia, pues permite analizar si una manifestación comunicativa tiene realmente la capacidad de afectar las condiciones mínimas para el disfrute social del bien jurídico protegido, en especial de los de naturaleza colectiva como la tranquilidad pública protegida como bien jurídico protegido en el delito de apología del terrorismo.

Solo atendiendo también a este aspecto configurador de la figura de nuestro interés, podrá garantizarse una interpretación del tipo penal compatible con los principios de legalidad, lesividad y proporcionalidad reforzada que rigen en un Estado constitucional de derecho, conforme al artículo 43 de la Constitución. Este marco, como se desarrollará en los siguientes apartados, será determinante para reinterpretar el delito de apología del terrorismo desde los criterios del riesgo permitido, la existencia de límites legítimos al discurso en sociedades pluralistas y el peligro abstracto generado por conductas como las reprimidas mediante el delito de apología del terrorismo, cuyo núcleo de injusto está constituido por un acto comunicativo.

### **1.3. El delito de apología del terrorismo en el Derecho Penal peruano.**

Cabe analizar la evolución del delito de apología del terrorismo en el derecho penal peruano; así como identificar los elementos típicos que lo componen y su configuración actual. En consecuencia, a continuación se detallan los antecedentes del tipo penal de apología del terrorismo, con especial atención a su incorporación en el marco de la legislación antiterrorista a partir del Decreto Ley N.º 046 titulado “Normas penales contra los delitos de terrorismo” del diez de marzo de 1981; su derogación por medio la Ley N.º 24651 de 1987 y su posterior reforma por medio del decreto ley N.º 25475, sobre

---

del expediente N.º 00005-2020-AI/TC como un delito de peligro abstracto, cuyo núcleo de injusto se configura a partir de una conducta comunicativa dotada de potencial lesivo a la tranquilidad pública y el orden democrático. Así, Peña (2018) sostiene que el tipo penal sanciona expresiones que, aunque no inciten de forma directa a la comisión de actos terroristas, son consideradas peligrosas en la medida en que pueden contribuir a generar un clima de aprobación o legitimación simbólica del terrorismo. De forma similar, Pastrana (2019) advierte que se trata de una figura penal estructurada sobre la base de una presunción de peligrosidad comunicativa, sin necesidad de verificar un resultado concreto ni un riesgo individualizable. Esta interpretación también es asumida por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que la apología del terrorismo sanciona “discursos que generan un riesgo para bienes jurídicos colectivos” como la tranquilidad pública, incluso en ausencia de incitación directa o efectos inmediatos (STC Exp. N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 44).

“Penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio” del 6 de mayo de 1992.

En segundo lugar, se analiza la derogación que sufrió el delito de apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto ley 25475 a través de la sentencia del expediente N.º 010-2002-AI/TC del tres de enero de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional el cual lo declaró inconstitucional. Asimismo, la Ley N.º 30610, del 18 de julio de 2017 a través del cual reincorpora el delito de apología de terrorismo como tipo agravado de la apología del delito genérica del artículo 316 del Código penal, la misma que se mantiene vigente hasta la actualidad.

### 1.3.1. Primera tipificación en la legislación peruana.

En el Perú, la tipificación del delito de apología al terrorismo se encuentra relacionada con la emergencia del fenómeno terrorista de las décadas de los 80s y 90s (Villavicencio, 1983). Así, el Decreto Ley N.º 46 del 10 de marzo de 1981, por medio del cual se incorporó por primera vez la apología al terrorismo al Código Penal de 1924, se dio en un contexto en el cual se había acrecentado la violencia interna promovida por grupos subversivos frente a los cuales se requerían innovaciones legislativas para combatir dicho fenómeno social (Bramont-Arias, 1996). De este modo, la primera fórmula legal del artículo 7 del Decreto ley N.º 46 sobre el delito de apología del terrorismo quedó redactada de la siguiente manera:

**Artículo 7.** *El que públicamente hiciera la apología de un acto de terrorismo ya cometido, o de la persona que hubiera sido condenada como su autor o cómplice, será reprimido con penitenciaría no menor de tres ni mayor de cinco años.*

Según sostiene Villavicencio (1983), la redacción citada era innecesaria, pues los alcances de los términos utilizados en dicha fórmula típica quedaban comprendidos en la terminología del artículo 282 del Código Penal (1924) que tipificaba el delito de **Instigación** en los siguientes términos: *“El que provocare públicamente a un delito que merezca penitenciaría, será reprimido con penitenciaría no mayor de tres años o prisión no mayor de dos años”*. Con ello, Villavicencio (1983) entendía que la apología del terrorismo era una instigación, con lo cual, para configurar el delito de apología en los términos tipificados por el Decreto ley N.º 46 era necesaria la presencia de un elemento incitador externo que determine la provocación conforme a la instigación del citado artículo 282 del Código penal de 1924.

Por otro lado, Peña (1992) comentando la apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto ley N.º 46 ha sostenido que esta contenía una expresión típica de los

denominados actos preparatorios punibles del artículo 3 del Código penal español de 1973<sup>5</sup> en los que la mera manifestación pública de apoyo al terrorismo podía considerarse lesiva sin conexión con una conducta ejecutiva. Esta interpretación resulta más próxima a la planteada por Bramont-Arias (1996), pues también este considera a la apología al terrorismo como una forma de criminalizar actos previos a un comportamiento ejecutivo.

En efecto, si bien Bramont-Arias (1996) no centra su análisis en el Decreto Ley N.º 46, alude a esta norma como antecedente de la tipificación de la apología del terrorismo del Decreto Ley N.º 25475<sup>6</sup>, y al referirse a los fundamentos político-criminales que inspiraron la punibilidad de este delito en 1981, el autor señala que la apología del terrorismo tal como fue concebida constituye una forma autónoma de peligrosidad penal, orientada a sancionar no la instigación directa a cometer un delito, sino la exaltación o justificación pública de actos o personas vinculadas al terrorismo, en tanto tales expresiones eran consideradas funcionales al proyecto criminal de los grupos subversivos. De este modo, la apología del terrorismo del decreto ley N.º 46 de 1981- según Bramont-Arias (1996)- permitiría situar la intervención penal en un estadio anterior al de la instigación, sin requerir prueba de eficacia ni conexión causal inmediata con la posterior comisión de un delito de terrorismo.

Por consiguiente, Bramont-Arias (1996) sostuvo que este tipo penal constituía “una forma autónoma de provocación penalmente relevante, que no requiere prueba de eficacia, ni exige que se dirija a una persona determinada, por lo que basta su difusión pública para lesionar el bien jurídico tutelado” (p. 212). En esa línea, para este autor, el delito de apología del terrorismo anticipaba el momento de intervención penal en un estadio previo a la instigación, ampliando el margen de actuación del Estado frente a amenazas ideológicas, distanciándose consecuentemente de la interpretación de Villavicencio (1983) que lo entendía como una forma de instigación.

En cuanto a las fuentes legislativas que inspiraron la tipificación de la apología del terrorismo en el artículo 7 de decreto ley N.º 46, Villavicencio (1983) sostuvo que este delito tenía como antecedente directo al artículo 225 del proyecto del Código Penal suizo de 1918 que **tipificó la apología del delito** en los siguientes términos:

---

<sup>5</sup> Titulado: “Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio” del 05 de mayo de 1992

<sup>6</sup> El contenido y alcances del Decreto ley N.º 25475 será desarrollado más detalladamente en el acápite 1.3.3.

*Será castigado con pena de prisión quien, por medio de publicaciones, discursos o representaciones públicas, incite a la comisión de delitos graves o los justifique de modo que pongan en peligro la seguridad pública o inciten a otros a imitarlos.*

Sobre ello, Villavicencio (1983) citando el comentario de Clerc (1945) al artículo 259 del Código Penal suizo de 1937 que **tipifica la provocación pública** a cometer un delito<sup>7</sup> y que tuvo como base el artículo 225 del Proyecto de Código penal suizo de 1918 (tanto el proyecto de código penal suizo de 1918, como el código penal suizo de 1937 inspiraron al legislador nacional para la apología del terrorismo) sostiene que la provocación “es tanto la incitación, dar instrucciones o hacer la apología de un delito” (p. 236), En base a ello, Villavicencio (1983) concluyó que el artículo 7 del Decreto Ley N.º 46 terminaba siendo redundante para el ordenamiento jurídico peruano que ya contaba con el delito de instigación tipificado en el art 282 del Código penal de 1924.

Asimismo, Villavicencio (1983) sostuvo que cabe la posibilidad de que, en la fórmula legal del delito de apología del terrorismo, el legislador peruano también haya tenido como fuente al Código penal de Argentina de 1921 y al Código penal brasileño de 1940, que habían tipificado la apología como delito genérico con respecto a cualquier delito y no solo al de terrorismo. De ahí que, el Código Penal de Brasil de 1940 tipifica en su artículo 287<sup>8</sup> el delito de *apología de crime ou criminoso*, en los siguientes términos: “*Fazer, públicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: pena – detenção, de três a seis meses, ou multa, de mil a três mil cruzeiros*”.

En efecto, Hungría (1959) comentando el Código penal brasileño sostiene que la apología del delito genérica consiste en una “*exaltação sugestiva, o elogio caloroso, o louvor entusiástico*” del delito o de su autor (p. 172), lo cual implica una forma de aprobación o legitimación posterior a los hechos ya consumados. Ahora bien, la apología del delito (genérica) tipificada en el artículo 287 del Código Penal brasileño, se diferencia de la instigación del artículo 286<sup>9</sup> del mismo Código, en tanto la instigación

---

<sup>7</sup> La redacción original de del delito de provocación del delito del Código penal suizo de 1937 estuvo tipificada de la siguiente manera:

*Art. 259*

<sup>1</sup> *Quien incite públicamente a cometer un delito será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o una multa pecuniaria.*

<sup>1bis</sup> *La incitación pública al genocidio (art. 264) es punible incluso si ocurre en el extranjero si el genocidio se comete total o parcialmente en Suiza.*

<sup>2</sup> *Quien incite públicamente a cometer un delito que implique violencia contra otra persona o contra la propiedad será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o una multa pecuniaria.*

<sup>8</sup> Artículo vigente en la actualidad.

<sup>9</sup> Dicha disposición normativa sostiene que:

*Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime:*

*Pena. detenção, de três a seis meses, ou multa.*

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.*

requiere una exhortación directa a que otros cometan delitos, orientada al futuro y con finalidad provocadora.

Por el contrario, la apología del delito del artículo 287 del Código penal brasileño -según Hungría (1959)- no necesariamente busca inducir a la comisión de nuevos delitos, sino que se limita a glorificar o justificar los ya perpetrados. Como señala Bitencourt (2021), comentando también la apología del delito genérica del artículo 287 del Código penal de Brasil, mientras la incitación implica un llamado concreto a delinquir, la apología del delito representa un discurso de admiración que puede generar un ambiente de legitimación, pero sin dirigirse a provocar una acción inmediata<sup>10</sup>.

Por su parte, en la legislación argentina, la apología del delito en su versión genérica fue por primera vez tipificada en el artículo 213 de su Código penal de 1921<sup>11</sup>, vigente hasta la actualidad. De este modo, el delito de apología genérico se encuentra sancionado con pena de un mes a un año al “que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”, sin que ello involucre necesariamente un ánimo incitador (Creus, 1997, p. 128).

Sobre este punto, Soler (1978) ha sostenido que la apología genérica del delito, tal como se encuentra prevista en el artículo 213 del Código Penal argentino, constituye una forma de incitación indirecta, en tanto promueve o legitima públicamente comportamientos delictivos ya perpetrados. Esta calificación, según reitera Soler (1978) permite introducir una distinción relevante: mientras la instigación constituye una incitación directa que se proyecta hacia la comisión futura de delitos, la apología del delito, como forma de incitación indirecta, recae sobre hechos delictivos ya consumados, por lo que su punición se dirige a conductas específicas -y por tanto concretamente identificables- sin que concurra una conexión con la comisión de un delito posterior.

En esa línea, Creus (1997) concluye que el delito enaltecido debe haberse realizado de manera concreta, ya que la instigación pública tipificada en el artículo 209 del mismo código exige que se refiera a delitos determinados, es decir, a conductas delictivas específicas y no hipotéticas (Creus, 1997, p. 129). Esta exigencia proyecta la necesidad de interpretar la apología del artículo 213 con un grado similar de concreción, de modo

---

[Incorre en la misma pena quien incite públicamente a la animosidad entre las Fuerzas Armadas, o de estas contra los poderes constitucionales, las instituciones civiles o la sociedad]

<sup>10</sup> Al respecto, Capez (2020) también subraya tal distinción pues sostiene que la apología no exige que el destinatario del discurso cometa el delito, a diferencia de la instigación.

<sup>11</sup> El artículo 213 del Código Penal argentino, vigente desde 1921, tipifica el delito de Apología en los siguientes términos: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”.

que no se castigue la mera expresión ideológica, sino cuando se está realizando el acto apologético sobre un delito determinado o un autor ya sentenciado. No obstante, Creus (1997), a diferencia de Soler (1978), señala que, a pesar de que la apología del delito implique una incitación indirecta, deberá relacionarse con la potencial comisión de delitos concretos.

Retornando a la tipificación peruana de la apología del terrorismo, Villavicencio (1983) y Peña (1992) coinciden en que la apología del terrorismo tipificada en el artículo 7 del Decreto Ley N.º 46 se configura cuando el sujeto realiza públicamente una manifestación de exaltación o justificación respecto de un acto terrorista ya cometido o de la persona condenada como su autor o cómplice. Además, según los citados autores, para que dicha conducta resulte típicamente relevante, se exige que tanto el hecho delictivo como la responsabilidad penal del sujeto enaltecido hayan sido declarados mediante resolución judicial firme, es decir, que exista cosa juzgada. Quedan, en consecuencia, fuera del ámbito de punición aquellas expresiones que constituyan simples opiniones personales, manifestaciones de empatía o juicios morales que no impliquen una aprobación explícita ni una legitimación pública de la conducta terrorista o de su autor (Villavicencio, 1983; Peña, 1992).

Más allá de lo expuesto, y en atención a las interpretaciones realizadas por Peña (1992) y Bramont-Arias (1996), se entiende que la finalidad del delito de apología del terrorismo en los términos del decreto ley N.º 46 no era prevenir delitos inmediatos, sino impedir la circulación de discursos que pudieran legitimar o fortalecer el ideario terrorista, comprendiendo tales manifestaciones como actos preparatorios con capacidad para socavar la tranquilidad pública (Peña, 1992). Villavicencio (1983), por el contrario, al identificar la apología del terrorismo como una forma de instigación conecta su configuración a la incitación para la posterior comisión de un delito de terrorismo.

De este modo, si bien antecedentes legislativos de la apología del terrorismo del decreto ley N.º 46 como el delito de apología del delito del artículo 287 del código penal brasilero o el artículo 213 del código penal argentino se perfilaban en términos de incitación indirecta sin conexión con la posterior comisión del delito enaltecido; en el tipo penal peruano de apología del terrorismo, conforme a los términos del artículo 7 del decreto ley N.º 46 y a las interpretaciones doctrinales observadas, se advierte que no existió una posición unánime respecto a si era necesario o no el elemento incitador de una conducta futura.

Por su parte, en cuanto a las críticas realizadas a la tipificación de la apología del terrorismo establecida por el decreto ley N.º 46, Hurtado (1994) sostiene que este decreto es el ejemplo de una deficiente política-criminal en materia antiterrorista. En particular, sostuvo que la fórmula legal utilizada no se adecuaba con el principio de legalidad tal como la Constitución de 1979 lo comprendía; advirtió, además, que en el marco de un gobierno autoritario esta figura podría ser utilizada de modo desproporcionado por contener una redacción “vaga, imprecisa e insegura” (p. 19).

De hecho, en base a consideraciones constitucionales, la apología del terrorismo tipificada en el Decreto Ley N.º 46 recibió otros importantes cuestionamientos. En primer lugar, la tipificación abierta y amplia de la apología del terrorismo fue criticada por vulnerar el principio de legalidad, al no delimitar con claridad el contenido prohibido de las expresiones ni exigir una relación de causalidad con un acto delictivo (Hurtado, 1994; Villavicencio, 1983; Peña, 1992). En segundo lugar, se observó su escasa adecuación al principio de lesividad, toda vez que se sancionaban discursos sin prueba de peligro concreto, afectando de forma desproporcionada el derecho a la libertad de expresión (Bramont-Arias, 1996).

Por otro lado, doctrinarios como Villavicencio (1983) y Hurtado (1994), aunque no niegan del todo su peligrosidad abstracta, critican el tipo penal por su redacción ambigua y su posible confusión con la instigación, prevista ya en el artículo 282 del Código Penal de 1924, lo cual evidencia su oposición a considerarla como un acto preparatorio diferenciado. A diferencia de autores como Bramont-Arias (1996) y Peña (1992) quienes sí la entienden como un delito autónomo cuya configuración se agota con su sola expresión<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> No obstante, tanto Bramont-Arias (1996) y Peña (1992) critican precisamente que la naturaleza autónoma de la apología del terrorismo en los términos del artículo 7 del decreto ley N.º 46 es la que la convierte en una conducta abstracta que puede atentar contra derechos fundamentales como la libertad de expresión.

### 1.3.2. Derogación del decreto ley N.º 46 e incorporación de la apología del delito en el Código penal de 1991.

La derogación del Decreto Ley N.º 46 en 1987<sup>13</sup>, implicó una transformación en el tratamiento legislativo de los delitos vinculados al terrorismo en el Perú. Esta norma suprimió el régimen penal autónomo establecido por el Decreto Ley N.º 46 de 1981 y trasladó los delitos de terrorismo al Código Penal de 1924, incorporándolos mediante la creación de la Sección Octava A, titulada “De los delitos de terrorismo”. No obstante, omitió tipificar expresamente la apología del terrorismo, tal como lo hacía el artículo 7 del Decreto Ley N.º 46.

Así, considerando que el Código Penal de 1924 no contemplaba un delito autónomo de apología del delito, sino únicamente la figura de instigación (artículo 282), la cual exigía una provocación pública directa a la comisión futura de un delito determinado, con esta derogatoria, entre el 20 de marzo de 1987 y el 3 de abril de 1991 -fecha en que entró en vigor el nuevo Código Penal aprobado por el Decreto Legislativo N.º 635- el ordenamiento penal peruano careció de una tipificación expresa del delito de apología, tanto en su forma genérica como específicamente referida al terrorismo.

Posteriormente, con la entrada en vigor del Código Penal de 1991, que en su versión original volvió a tipificar la apología del delito genérica como figura típica autónoma reflejó un retorno a la expansión punitiva sobre actos apologéticos, pero en esta ocasión ya no respecto del delito de terrorismo, sino de los delitos en general. Sin embargo, esta nueva tipificación no comprendió un tipo penal autónomo de apología del terrorismo, sino que el segundo párrafo incluyó al delito de terrorismo entre otros delitos contra la tranquilidad pública, como agravante con un marco punitivo de 4 a 6 años de pena privativa de libertad:

**Artículo 316.-** *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.*

*Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.*

Efectivamente, la incorporación del artículo 316 en el Código Penal de 1991 integró la apología como delito autónomo en el Perú, extendiendo su alcance más allá del terrorismo y previendo la sanción del enaltecimiento público de cualquier delito o de sus

---

<sup>13</sup> Dispuesta mediante la Ley N.º 24651 titulada “Introducen en el Libro Segundo del Código Penal la Sección Octava "A" denominada De los Delitos del Terrorismo”, del 20 de marzo de 1987.

autores. Al observar la nueva tipificación de la apología, tanto en el tipo base como en su circunstancia agravante del segundo párrafo guardan una redacción idéntica a la utilizada a la apología del terrorismo del artículo 7 del decreto ley N.º 46, por ende, se puede colegir que los problemas interpretativos referidos a si el elemento incitador es exigible o no para configurar el delito de apología (pero esta vez genérico y agravado) se mantuvieron.

### **1.3.3. El Decreto Ley N.º 25475 de 1992, antecedente inmediato del artículo 316-A vigente en el Código Penal peruano.**

Con la aprobación del Decreto Ley N.º 25475 titulado: “Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio” del 05 de mayo de 1992, se incorporó nuevamente al ordenamiento jurídico peruano un tipo penal autónomo para el delito de apología del terrorismo; sancionando con penas mayores a las previamente establecidas –penas de 6 a 12 años – la referida conducta bajo la siguiente redacción:

*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 hiciera 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 de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.*

La promulgación del Decreto Ley N.º 25475 en 1992 marcó un nuevo giro en la política legislativa antiterrorista peruana al extirpar los delitos de terrorismo del Código Penal de 1991 -donde habían sido sistematizados bajo el Título XIV, capítulo II del Libro Segundo- y reincorporarlos en una legislación penal especial, retomando así el modelo de autonomía normativa que había caracterizado al derogado Decreto Ley N.º 46 de 1981. De acuerdo con la exposición de motivos del decreto ley, esta medida se justificó oficialmente en el contexto de lucha contra Sendero Luminoso y el MRTA, pero implicó también un alejamiento del diseño codificado e integral del derecho penal común, desplazando los delitos de terrorismo hacia un régimen excepcional, fragmentado y con menores garantías (Exposición de motivos Decreto ley N.º 25475).

Esta superposición normativa revela una tensión sistemática no resuelta, pues el legislador no derogó ni modificó el artículo 316 del Código penal, sino que optó por duplicar el tratamiento de ciertas formas de discurso delictivo, sin ofrecer una delimitación clara entre ambos supuestos. Por consiguiente, se sostuvo que esta figura delictiva consistió en una agravante del delito de apología tipificado en el artículo 316 del Código penal (Bramont-Arias, 1996). En la misma línea de ideas, Peña (1992)

sostiene que la redacción del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 si bien se titula “apología”, en realidad contiene una única circunstancia agravante específica al delito genérico de apología tipificado en el artículo 316 del Código Penal de 1991.

Ahora bien, la apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 como agravante del delito de apología tipificado en el artículo 316 del Código penal -al igual que la conducta descrita en el derogado para ese entonces Decreto Ley N.º 46- sanciona la apología del delito de terrorismo, a su autor o partícipe.

Al respecto, Hurtado (1994), sostuvo que la apología del terrorismo del artículo 7 del decreto ley N.º 25475 solo puede adquirir relevancia penal cuando manifiesta una capacidad real de provocar conductas terroristas. En su análisis, Hurtado (1994) enfatizó que, aunque el artículo no exigía expresamente un riesgo concreto, debía ser interpretado en conexión con el principio de lesividad, de modo que el mensaje apologético de la apología del terrorismo resultara funcionalmente equivalente a una instigación indirecta. Para Hurtado (1994), sin esta conexión provocativa, se corre el riesgo de criminalizar expresiones ideológicas amparadas por la libertad de expresión.

Una posición similar fue sostenida por Pásara (1993), quien advirtió que la tipificación amplia de la apología del terrorismo del artículo 7 del decreto ley N.º 25475 podía derivar en una sanción de discursos simbólicos o históricos sin capacidad incitadora. A su juicio, el artículo 7 del citado decreto ley debía aplicarse solo cuando el contenido del mensaje entrañara una incitación -aunque sea indirecta- a la repetición o legitimación de actos terroristas, concretando, en consecuencia, una verdadera naturaleza de peligro en la exteriorización del comportamiento. De este modo, Pásara (1993) concluye que, si bien la apología del terrorismo no puede constituir una forma de instigación en tanto esta ya está tipificada en el artículo 6 del decreto ley N.º 25475 bajo la denominación de *incitación de actos terroristas*, la legitimidad de la apología del terrorismo está anclada a evidenciar al menos una incitación indirecta.

Por el contrario, Bramont-Arias (1996) sostiene que tanto la apología del terrorismo contemplada en la legislación especial del artículo 7 del decreto ley N.º 25475 como la apología genérica del artículo 316 del Código Penal se diferencian de la instigación y no requiere de elemento incitador en su configuración. A su juicio, la apología -tanto del terrorismo como genérica- no exige una exhortación directa a delinquir ni un llamamiento operativo orientado al futuro, como sí lo exige la instigación, sino que se limita a la expresión pública de admiración, justificación o exaltación, con la intención -explícita o no- de transmitir el pensamiento del autor hacia la colectividad. En sus palabras, “todo

lo más que se le puede imputar [a la apología del terrorismo] es su capacidad objetiva de generar adhesiones” (Bramont-Arias, 1996, p. 500).

En una línea similar, Prado (1994) también adoptó una postura contraria a exigir la presencia de un elemento incitador para la configuración típica de la apología del terrorismo en los términos del artículo 7 del Decreto ley N.º 25475. A su juicio, debido al contexto de violencia terrorista que atravesaba el país, resultaba legítimo que el legislador tipificara como delito la apología del terrorismo sin necesidad de demostrar un riesgo concreto de incitación. Para Prado (1994), la sola exaltación pública de una persona condenada por terrorismo, en un escenario de conmoción interna, era apta para amenazar la estabilidad del orden democrático y justificar la aplicación del delito de apología del terrorismo bajo el modelo del peligro abstracto. La exigencia de una intención incitadora -según advierte- podría limitar la eficacia del tipo penal de apología del terrorismo en contextos de amenaza real e inmediata contra el Estado.

En lo referido a la publicidad como elemento típico objetivo en el delito de apología del terrorismo del decreto ley N.º 25475, Bramont-Arias (1996) subraya que este constituye un elemento objetivo esencial del tipo penal, sin la cual la conducta sería atípica, ya que no generaría el riesgo prohibido previsto por la norma penal. Esta publicidad debe ser además idónea para alcanzar a un número indeterminado de personas, lo que refuerza su configuración como un delito de peligro abstracto orientado a proteger a la tranquilidad pública como bien jurídico.

Del mismo modo, el sujeto activo de la conducta puede ser cualquier persona, mientras que el sujeto pasivo es precisamente el Estado, quien se ve amenazado por la expresión del mensaje apologético. Asimismo, la apología del terrorismo puede versar sobre un acto terrorista ya ejecutado o sobre su autor, en cuyo caso, de seguir la línea del Decreto Ley N.º 46, se exigiría una sentencia firme que haya declarado su culpabilidad como autor o partícipe (Bramont-Arias, 1996).

Sin embargo, Peña (1992) advierte que la redacción del artículo 7 del decreto ley 25475 suprime la exigencia de que tanto el acto de terrorismo, así como la autoría de la persona enaltecida sobre las que versó el acto apologético hayan sido declaradas mediante sentencia firme, lo cual debilita las garantías propias del principio de legalidad y agrava el riesgo de sancionar expresiones ambiguas o interpretables como meras opiniones ideológicas. En este contexto, el autor considera que el delito de apología del terrorismo representa un retroceso respecto de legislaciones anteriores, tanto por su imprecisión técnica como por la amplitud del lenguaje empleado, en particular, la expresión “por

cualquier medio”, la cual, según sus palabras, podría convertirse en un “cajón de sastre para albergar toda clase de arbitrariedades y abusos” (Peña, 1992, p. 92).

Bramont-Arias (1996) coincide con esta preocupación, al sostener que la redacción de la apología del terrorismo constituye una intromisión injustificada en la libertad de expresión, al no cumplir con las exigencias de taxatividad, necesidad y proporcionalidad que deben regir en un Estado de Derecho. Siguiendo este orden de ideas, la postura de Bramont-Arias (1996) se articula con lo sostenido por Peña (1992), en tanto consideran que dado el tenor literal del artículo 7 del decreto ley N.º 25475, la apología del terrorismo debe ser entendida como un delito autónomo con estructura propia, fundado en la idea de prevenir la circulación de discursos legitimadores del terrorismo, sin requerir prueba de incitación, eficacia causal ni destinatario determinado.

Otra crítica planteada en torno al modo de tipificar la apología del terrorismo en el artículo 7 del Decreto ley N.º 25475 ha sido que su configuración normativa revela graves déficits en términos de seguridad jurídica, delimitación del riesgo penalmente relevante y compatibilidad con los estándares constitucionales en materia de libertad de expresión<sup>14</sup>. En especial porque, según Peña (1992) y Bramont-Arias (1996), al haber tipificado el legislador de modo genérico el término “apología” no da cuenta de los márgenes de la conducta prohibida lo cual podría terminar por constituir una extensiva criminalización en la expresión y difusión de ideas.

En conclusión, la interpretación del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 sobre la apología del terrorismo ha estado marcada por un profundo desacuerdo doctrinal en torno a la exigencia o no de un elemento incitador para su configuración típica. Mientras autores como Hurtado (1994) y Pasara (1993) sostienen que la validez constitucional de este tipo penal exige constatar, al menos, una incitación indirecta a la reiteración de conductas terroristas. Autores como Bramont-Arias (1996), Prado (1994) y Peña (1992) defienden su estructura como un delito autónomo de peligro abstracto, orientado a reprimir la difusión pública de discursos que justifiquen o exalten el terrorismo, sin necesidad de acreditar un llamamiento operativo ni un destinatario específico, más allá de que ambos autores hayan considerado tal tipificación como una política-criminal legislativa excesivamente punitiva.

---

<sup>14</sup> Del mismo modo, la penalidad al establecer la declaración de apátrida cuando el delito se cometía fuera del territorio nacional -según sostiene Bramont (1996)- resultaba inconstitucional pues iba en contra del derecho a la nacionalidad comprendido en el art. 2,21 de la Constitución, además de no estar expresado en el artículo 28 del Código Penal, el cual contiene el catálogo de penas aplicables ante la comisión de delitos en exigencia *del nullum poena sine lege*

### 1.3.4. Inconstitucionalidad del decreto Ley N.º 25475

El Decreto Ley N.º 25475, titulado: “penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”, del 05 de mayo de 1992, se encontró vigente entre el 6 de mayo de 1992 y el 4 de enero de 2003, fecha en la que el Tribunal Constitucional emitió sentencia en el expediente N.º 010-2002-AI/TC.

Efectivamente, Marcelino Tineo Sulca, Manuel Fajardo y otras tres personas, acompañados de más de 5 000 ciudadanos presentaron el 15 de julio de 2002 una demanda de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ley N.º 25475 además de los decretos leyes N.º 25659<sup>15</sup>, 25708<sup>16</sup> y 25880<sup>17</sup>. En particular, sobre el cuestionamiento del decreto ley N.º 25475 el Tribunal Constitucional estableció que la cuestión “radica (...) en determinar (...) si tales decretos son compatibles, por el fondo, con la Constitución de 1993” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 22).

En lo referido al delito de apología al terrorismo, la demanda iba dirigida concretamente hacia el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 que establecía la penalidad para el delito de apología del terrorismo y el artículo 1 del Decreto Ley N.º 25880 que establecía una modalidad agravada adicional referida a cuando la apología del terrorismo se realiza en el ámbito de la función docente acarreado la consecuencia de que el autor será considerado traidor a la patria y podría imponérsele la pena máxima de cadena perpetua aunque dejando el extremo mínimo de la sanción a discreción judicial<sup>18</sup>.

Al resolver la demanda, el Tribunal Constitucional estableció que en este caso existe una confrontación entre “las figuras de apología referidas y el derecho constitucional a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento” (p.82). De este modo, afirmó que:

*“...las referidas libertades no son absolutas, sino que, por autorización del propio texto constitucional, pueden ser limitadas por ley (“bajo las responsabilidades de ley”). La limitación de estos derechos constitucionales solo se justifica si existen otros valores de igual rango que deben ser protegidos (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 83).*

<sup>15</sup> Decreto Ley que tipifica el delito de traición a la patria del 12 de agosto de 1992.

<sup>16</sup> Decreto Ley titulado: “normas sobre los procedimientos en delitos de traición a la patria” del 02 de setiembre de 1992.

<sup>17</sup> Decreto Ley que por el que se considera como autor de delito de traición a la patria al que valiéndose de su condición de docente influya en sus alumnos haciendo apología del terrorismo del 24 de noviembre de 1992.

<sup>18</sup> Dicho artículo precisaba que:

El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus 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 36º del Código Penal.

De este modo, en función a los principales ejes temáticos desarrollados por el Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente N.º 10-2002-AI/TC para analizar el delito de apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto ley N.º 25475, se pueden identificar los siguientes aspectos: i) definición del concepto de apología del terrorismo; ii) diferencia entre apología e instigación; iii) peligro abstracto y principio de lesividad; y, iv) principio de legalidad penal. No obstante, para efectos del presente análisis de la sentencia bajo comentario, se han considerado dos aspectos más, uno referido a la v) conclusión resolutoria del tribunal en la sentencia bajo análisis y otro concerniente a los vi) comentarios doctrinales a la sentencia en contraste con la dogmática penal peruana.

#### **1.3.4.1. Definición del concepto de apología del terrorismo**

Para definir el concepto de apología del terrorismo el Tribunal cita a la autora española Lamarca (1985) quien, comentando el artículo 578 del Código penal español sobre el delito de enaltecimiento/humillación del terrorismo o de sus víctimas, sostiene que apología del terrorismo “supone una alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia” (p. 289). Del mismo modo, acude a Peña (1992) quien, comentando el artículo 316-A del Código penal peruano de apología del terrorismo la define como “la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, alabar con entusiasmo” (p. 1994). Así, el Tribunal Constitucional termina por establecer que “los tipos penales en referencia sancionan la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas tipificadas en el Decreto Ley N.º 25475” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 83).

#### **1.3.4.2. Diferencia entre apología del terrorismo e instigación como forma de participación delictiva.**

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, establece con claridad una distinción dogmática entre las figuras penales de apología del terrorismo e instigación. Así, resuelve que “la apología [del terrorismo] no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito” (STC N.º 010-2002-AI/TC, párr. 85). Esta afirmación implica un deslinde entre ambas figuras en función de su estructura comunicativa: mientras que la instigación como forma de participación delictiva del artículo 24 del Código penal exige un sujeto determinado como destinatario del mensaje y está orientada a la provocación directa de un hecho delictivo, la apología del terrorismo, por otra parte, se dirige a una colectividad indeterminada y se limita a expresar públicamente elogios o justificaciones de conductas terroristas ya realizadas (Tribunal Constitucional peruano, 2002, párr. 85).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional remarca que “en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista”, por lo que no puede ser considerada una forma de participación de instigación en sentido estricto (STC N.º 10-2022-AI/TC, párr. 85). Así, es posible inferir que la apología del terrorismo, a consideración del Tribunal Constitucional (2002), tal como fue concebida en el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, se aleja de las formas tradicionales de instigación como forma de participación delictiva y responde más bien a una lógica de prevención de evitar la expansión del ideario de un determinado grupo terrorista<sup>19</sup>.

#### **1.3.4.3. Peligro abstracto y principio de lesividad**

En lo relativo a la naturaleza de peligro que caracteriza al delito de apología del terrorismo tipificado en el artículo 7 del Decreto ley N.º 25475, el Tribunal Constitucional lo inscribe dentro de los delitos de peligro abstracto. Ello es así en tanto resuelve que la apología del terrorismo “no tiene por finalidad provocar nuevas acciones”, afirmando que su peligrosidad jurídica se encuentra en que “acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 85). De este modo, el fundamento de su punición no es la eficacia causal del mensaje apologético ni su conexión con actos futuros, sino su capacidad de reforzar el ideario criminal y de erosionar el orden democrático.

El Tribunal estableció que la exteriorización de discursos que enaltezcan actos terroristas “no son irrelevantes desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados”, y añade que tales expresiones “podrían significar una forma de reincidencia ideológica” y generar riesgos para “la vida, la integridad física, la libertad personal, la seguridad ciudadana y la estabilidad institucional” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 84). Este razonamiento reafirma que la intervención penal en el caso de la apología no requiere de una demostración de peligro concreto, sino que se justifica sobre la base de un riesgo potencial presunto, característico de los delitos de peligro abstracto.

#### **1.3.4.4. Principio de legalidad penal**

Uno de los fundamentos centrales de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 es la vulneración del principio de legalidad penal,

---

<sup>19</sup> Cabe destacar que tras la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N.º 10-2002-AI/TC de enero de 2003, la instigación del terrorismo como tipo penal autónomo tipificado en el artículo 6 del Decreto ley N.º 25475 no ha sido declarado inconstitucional y que este delito sigue vigente hasta la actualidad.

particularmente en su dimensión de taxatividad. El Tribunal Constitucional considera que dicha disposición “no describe con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella”, lo cual “constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y, simultáneamente, una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades” (STC N.º 10-2002-AI/TC párr. 88).

Asimismo, observa con preocupación la amplitud del enunciado “por cualquier medio” contenido en el artículo 7 del Decreto ley N.º 25475, por cuanto este permite un grado de indeterminación incompatible con las exigencias propias de un Estado de derecho. En palabras del Tribunal: “Dicho enunciado es tan general que bien puede comprender cualquier tipo de manifestación del pensamiento, aún aquellas que se encuentren protegidas por el artículo 2º, inciso 4 de la Constitución” (párr. 88).

#### **1.3.4.5. Conclusión resolutive del Tribunal Constitucional en la STC N.º 10-2002-AI/TC**

De lo desarrollado, el Tribunal concluye que el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 y el artículo 1 del Decreto Ley N.º 25880 son inconstitucionales por cuanto “tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada”, al mismo tiempo que:

no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 88).

Cabe señalar que lo que se ha resuelto como inconstitucional es la agravante del delito de apología genérica en su versión de apología del terrorismo que se encontraban contenida en el artículo 7 del Decreto ley N.º 25475. Es decir, para el Tribunal, los actos apologéticos tipificados en el artículo 7 del decreto legislativo N.º 25475 y en el artículo 1 del Decreto Ley N.º 25880 (sobre la comisión de apología del terrorismo en el ámbito de la función docente) son también subsumibles en el tipo base tipificado en el artículo 316 del Código Penal, pues más que tipos agravados en realidad constituyen circunstancias agravantes de la apología.

En efecto, el Tribunal declara establece que “no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 88). Al respecto, haciendo alusión al tipo penal de apología del terrorismo

del artículo 7 del decreto ley N.º 25475 el Tribunal afirma que es consciente de que “detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno” (párr. 88).

Frente a ello, y en atención al art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Tribunal refiere que la aplicación del art. 316 del Código Penal -sobre el delito de apología genérico- ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. Es así como, al momento de considerar a una conducta como apologética, el Tribunal afirma que debe tenerse en consideración:

- 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. (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 88)

Por estas razones, concluye que la norma no supera el test de constitucionalidad y que el contenido sancionado puede ser abordado con mayores garantías desde el delito de apología del delito en general del artículo 316 del Código Penal, que queda subsistente.

#### **1.3.4.6. Comentarios doctrinales a la sentencia en contraste con la dogmática penal peruana**

Las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Constitucional en torno a la diferencia entre el delito de apología del terrorismo tipificada en el artículo 7 del Decreto ley N.º 25475 e instigación como forma de participación delictiva del artículo 24 del Código penal de 1991, la naturaleza del peligro y el principio de legalidad pueden ser analizados bajo los desarrollos doctrinales que respecto del artículo 7 del decreto ley N.º 25475 se han planteado.

En primer lugar, lo establecido por el Tribunal Constitucional en torno a la diferencia entre la apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto ley N.º 25475 con la instigación como forma de participación delictiva expuesta en el párrafo 85 de la sentencia del expediente STC N.º 10-2002-AI/TC coincide con lo sostenido por Bramont-Arias (1996), Peña (1992) y Prado (1994), para quienes la apología del terrorismo constituye una forma autónoma de provocación penalmente relevante cuya lesividad se vincula a la difusión pública de contenidos que refuercen la ideología terrorista sin necesidad de un elemento incitador que la conecte con la posterior comisión de un delito de terrorismo.

No obstante, en lo absoluto se ubica la posición del Tribunal Constitucional en la órbita de las posiciones doctrinales de Hurtado (1994) y Pasara (1993), según quienes la apología del terrorismo sólo debería ser punible cuando exterioriza una incitación indirecta o al menos una aptitud objetiva para promover la realización de conductas delictivas de terrorismo; es decir, no se cuestiona la configuración del tipo penal en conexión con el principio de lesividad, descartando así toda forma de punición simbólica desvinculada de una amenaza concreta.

En esa línea, el Tribunal Constitucional adopta una posición que no exige una incitación directa ni indirecta como condición típica, pero tampoco considera legítimo que el tipo penal sancione cualquier manifestación ideológica o simbólica de apoyo al terrorismo. Más bien, se acoge a un modelo intermedio, en el que la apología del terrorismo se concibe como una manifestación de peligrosidad ideológica autónoma, cuya sanción se justifica por su capacidad de reforzar públicamente el ideario terrorista, aunque no provoque actos concretos (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 85). Por tanto, el Tribunal no califica la apología del terrorismo como una forma de instigación, ni exige que tenga eficacia causal o destinatario determinado, sino que legitima su punición como delito apologético simbólico que, por su contenido, contexto y medio, puede socavar el orden democrático.

En lo que respecta a la configuración de la apología del terrorismo como delito de peligro abstracto, la posición del Tribunal coincide en parte con la doctrina de Peña (1992; 2018) y Bramont-Arias (1996), en tanto ambos autores reconocen que su lesividad radica en la difusión de discursos que refuercen la ideología terrorista. No obstante, difieren en el grado de exigencia para su aplicación: Peña (1992) exige una mayor concreción normativa en la fórmula típica de la apología del terrorismo, a través de una conexión -al menos indirecta- con un acto terrorista específico futuro, para evitar arbitrariedades, mientras que, Bramont-Arias (1996) subraya el carácter autónomo de la apología del terrorismo sin necesidad de conexión con un acto terrorista posterior.

Finalmente, en relación con el principio de legalidad, la resolución del Tribunal reproduce en buena medida las advertencias de Peña (1992), quien ya había cuestionado la vaguedad del tipo penal de apología del terrorismo en los términos del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 al señalar que expresiones como “por cualquier medio” convertían al artículo 7 en un “cajón de sastre” propenso a interpretaciones arbitrarias. En efecto, tanto el Tribunal como este autor coinciden en que la falta de precisión del objeto apologético y de las condiciones de publicidad genera una restricción desproporcionada de las libertades comunicativas.

En cuanto a las exigencias interpretativas establecidas por el Tribunal Constitucional en el párrafo 88 de la STC N.º 010-2002-AI/TC, si bien constituyen una pauta orientada a limitar el alcance punitivo del delito de apología del terrorismo, no son innovaciones dogmáticas originadas en el razonamiento del Tribunal, sino que reproducen -al menos en los criterios a), b) y c)- propuestas desarrolladas con anterioridad por diversos autores peruanos.

Así, la exigencia de que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado (criterio a) había sido advertida por Peña (1992), quien criticó la redacción del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 por omitir la referencia a la consumación del acto enaltecido, lo que contravenía el principio de legalidad. En palabras del autor, “la conducta no puede dirigirse a legitimar delitos meramente hipotéticos, sino hechos delictivos concretos cuya existencia haya sido determinada con claridad” (p. 91).

El criterio b), relativo a la necesidad de que la persona exaltada haya sido condenada mediante sentencia firme, fue igualmente postulado por Bramont-Arias (1996), quien sostuvo que, para que la apología del terrorismo sea válida desde el punto de vista constitucional, debe recaer sobre un sujeto cuya autoría haya sido judicialmente determinada. Según señala, “en los casos de apología de personas, la tipicidad exige la existencia de una resolución judicial con calidad de cosa juzgada que acredite su responsabilidad penal” (p. 498).

En cuanto al criterio c), que exige que el medio utilizado sea idóneo para generar publicidad, este había sido también anticipado por Pásara (1993) y Peña (1992). El primero alertó que el discurso solo puede ser típicamente relevante si “alcanza una proyección pública tal que permita su influencia sobre una colectividad” (p. 106), mientras que el segundo sostuvo que la apología solo adquiere relevancia penal “cuando es exteriorizada mediante un canal comunicativo que asegure su difusión a un número indeterminado de personas” (Peña, 2018, p. 92).

Por tanto, puede afirmarse que la sentencia del Tribunal no crea un nuevo estándar dogmático, sino que incorpora parcialmente límites ya señalados previamente, aun cuando lo hace de forma fragmentaria y sin cita directa. El único criterio que introduce con cierta novedad es el criterio d) -referido a la afectación de las reglas democráticas de pluralismo, tolerancia y búsqueda de consenso-, el cual ha sido objeto de críticas posteriores por su indeterminación y vaguedad conceptual, como advierte Pastrana (2019) quien señala que, a pesar de que busca dotarle de “concreción (...) el apartado

“d)” resulta tan genérico como la redacción misma del delito de apología al terrorismo” (p. 53).

En suma, la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N.º 010-2002-AI/TC, tras distinguir la apología del terrorismo de la instigación y reconocer su naturaleza como delito de peligro abstracto, advirtió que la redacción del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 presentaba una amplitud y vaguedad incompatibles con los principios de legalidad, lesividad y proporcionalidad. Por ello, declaró su inconstitucionalidad, manteniendo únicamente la vigencia del artículo 316 del Código Penal, que regula de manera genérica la apología del delito. Con el fin de orientar su aplicación a supuestos vinculados al terrorismo, el Tribunal fijó criterios interpretativos que, en gran medida, reproducen propuestas doctrinales anteriores. De este modo, el fallo buscó depurar del ordenamiento jurídico un tipo penal expansivo, a la vez que también buscó establecer parámetros que limiten la discrecionalidad judicial y prevenir que la sanción de la apología (genérica) se convierta en un instrumento de punición simbólica.

### **1.3.5. Reformas de los Decretos legislativos N.º 924 de 2002, N.º 982 de 2007 y la actual tipificación de la Ley N.º 30610 de 2017**

Posteriormente, el tratamiento legislativo de la apología del terrorismo en el Perú experimentó una evolución significativa. Tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 mediante la STC N.º 010-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, el ordenamiento jurídico peruano quedó, por un periodo aproximado de un mes, sin un tipo penal autónomo que sancionara específicamente la apología del terrorismo, quedando subsistente únicamente el artículo 316 del Código Penal, relativo a la apología genérica.

No obstante, esta situación cambió con la emisión del Decreto Legislativo N.º 924, titulado: “Decreto Legislativo que agrega un segundo párrafo al artículo 316 del Código Penal en materia de Apología del Delito de Terrorismo” del 20 de febrero de 2003 que modificó el artículo 316 del Código penal e incorporó un segundo párrafo referido a cuando la apología se realiza del delito de terrorismo, en los siguientes términos:

*Art 316 Apología del Delito*

*(...)*

*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.*

Es así como, el párrafo incorporado incluyó un incremento de pena cuando la apología se hacía del delito de terrorismo, de su autor o partícipe con una pena mínima de seis años la cual era la máxima para la apología en general además de incluir conjuntamente la imposición de dos penas como la multa e inhabilitación. No obstante, esta modificación nuevamente fue reformada por el Decreto legislativo N.º 982, titulado: “Decreto legislativo que modifica el Código penal, aprobado por decreto legislativo N.º 635” publicado el 22 de julio de 2007, que modificó el artículo 316 del Código Penal de la siguiente manera:

**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.*

De este modo, el artículo 316 pasó a contener un tipo base en la primera parte de su redacción, contemplando además dos circunstancias agravantes específicas. La segunda de dichas agravantes se hallaba referida a la apología delito del terrorismo o de la persona condena como autor o partícipe por este delito. En cuanto a la penalidad, se mantuvo el *quantum* del decreto legislativo N.º 924; no obstante, para cuando la apología del terrorismo haya sido realizada a través de medios de comunicación social o mediante el uso de las tecnologías de la información la pena se incrementa en un marco punitivo no menor de ocho ni mayor de quince años. Además, no existe una circunstancia que agrave la pena para cuando la apología del terrorismo se realice en el ámbito de la función docente o ejerciendo como autoridad.

Esta solución normativa mantenía la ambigüedad terminológica observada por el Tribunal Constitucional en 2003 concerniente a que “no describe con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 88), además de carecer de una sistematización clara entre tipo base y agravante.

En atención a ello, el 22 de junio de 2017 se promulgó la Ley N.º 30610 titulada: "ley que modifica el artículo 316 e incorpora el artículo 316-a al código penal, tipificando el delito de apología de terrorismo" que modificó nuevamente el artículo 316 y creó el artículo 316-A del Código Penal, estableciendo un tipo penal autónomo para el delito de apología del terrorismo. Esta ley no solo reafirmó la disgregación de la apología en dos figuras diferenciadas -una genérica y otra específica-, sino que, además, por primera vez en la legislación peruana, introdujo como elementos comisivos explícitos las acciones de "exaltar", "justificar" o "enaltecer", con el fin de dotar de mayor precisión a los verbos típicos y subsanar así las deficiencias advertidas por el Tribunal Constitucional en cuanto a la vaguedad del tipo penal previo:

**Artículo 316. Apología**

*El que públicamente exalta, justifica o enaltece un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años.*

*Si la exaltación, justificación o enaltecimiento 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 de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años 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.*

**Artículo 316-A. Apología del delito de Terrorismo**

*Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace del delito de terrorismo o de cualquiera de sus tipos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años, trescientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.*

*Si la exaltación, justificación o enaltecimiento del delito de terrorismo se realiza: a) en ejercicio de la condición de autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa, o b) utilizando o facilitando la presencia de menores de edad, la pena será no menor de seis años ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.*

*Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se propaga mediante objetos, libros, escritos, imágenes visuales o audios, o se realiza a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación, del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de actos de terrorismo, la pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.*

En consecuencia, el artículo 316 del Código Penal quedó estructurado como un tipo penal genérico, aplicable a cualquier delito o persona condenada por sentencia firme, mientras que el artículo 316-A se configuró como un tipo penal autónomo y específico aplicable exclusivamente al delito de terrorismo, diferenciándose así funcional y normativamente del primero. Esta separación establece una pena más severa para los actos apologéticos referidos específicamente al delito de terrorismo que, además, contiene dos agravantes de primer y segundo nivel. En el primer caso, se halla referido a cuando se realiza en condición de autoridad, docencia o personal administrativo de

una institución educativa, del mismo modo, dicha agravante comprende a cuando el hecho se ha cometido utilizando o facilitando la presencia de menores de edad; así, la pena privativa de libertad se incrementa en un nuevo marco de seis a diez años e inhabilitación.

Por su parte, la agravante de segundo nivel se halla referida a cuando la apología del terrorismo se realiza utilizando algún medio de comunicación masiva o tecnologías de la información, en cuyo caso, la pena vuelve a incrementarse en un espacio punitivo privativo de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda. En comparación con la legislación introducida por el decreto legislativo 982, del 22 de julio de 2007, la penalidad de la apología del terrorismo básica del artículo 316-A incorporada por la ley 30610, del 22 de julio de 2017 -es decir sin que concurra alguna de las agravantes de primer o segundo nivel- es menos severa, pues pasa de un marco punitivo no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad a un marco no menor de cuatro ni mayor de ocho años de la misma consecuencia.

En lo concerniente a cuando la apología del terrorismo se realiza utilizando las tecnologías de la información o algún medio de comunicación masivo, la penalidad también se mantiene en comparación con la tipificación realizada por el decreto legislativo N.º 982 del 22 de julio de 2007, pues en ambos casos el espacio punitivo es no menor a ocho ni mayor a quince años de pena privativa de libertad. Sin embargo, la novedad que incorpora la ley N.º 30610 del 22 de junio de 2017 es la presencia de una circunstancia referida a cuando la apología del terrorismo se realiza en el ámbito de la función docente como agravante de primer nivel.

Sobre esta nueva tipificación, Peña (2018) observa que la incorporación del artículo 316-A responde a la necesidad de delimitar con mayor precisión el objeto del reproche penal frente a la apología del terrorismo, reduciendo el margen de discrecionalidad judicial. Sin embargo, advierte que persisten problemas de técnica legislativa, especialmente por la indefinición conceptual de los verbos típicos - “exaltar”, “justificar”, “enaltecer” - y por el riesgo de que esta figura se superponga dogmáticamente con otras figuras que también operan en fases preliminares del delito.

Tal es el caso, por ejemplo, de la instigación al terrorismo (artículo 6 del Decreto Ley N.º 25475) que sanciona a quien incita a otro a cometer actos terroristas concretos, o de la conspiración para el terrorismo (artículo 6-B del Decreto Ley N.º 25475), que sanciona el acuerdo entre dos o más personas para cometer delitos de terrorismo. A la instigación y conspiración para el terrorismo se suma la apología genérica del artículo 316 del

Código Penal, que también se estructura en torno a la exaltación de delitos comunes o de sus autores. Todas estas figuras, señala Peña (2018), comparten el hecho de que tiene como núcleo de injusto una conducta comunicativa, pero difieren en su grado de determinación, la relación con un destinatario específico y el tipo de riesgo que generan.

En este marco, la apología del terrorismo del artículo 316-A, según coincide Villegas (2022), corre el riesgo de invadir zonas típicas de estas otras figuras, a menos que se delimite con claridad su ámbito de aplicación específico, su carácter autónomo y sus diferencias estructurales con las formas de participación criminal o actos preparatorios estrictamente definidos. De allí que Peña (2018) y Villegas (2022) exijan una mayor claridad normativa para evitar confusiones entre tipos penales próximos entre sí en función de que su comportamiento típico entraña una conducta comunicativa.

Pastrana (2019), por su parte, coincide en la importancia de precisar los elementos típicos para no caer en una criminalización del pensamiento, pero sostiene que la apología del terrorismo del artículo 316-A sigue adoleciendo de problemas de vaguedad en ciertos extremos. Particularmente, cuestiona que se mantenga la incriminación de discursos simbólicos sin requerir un nexo de eficacia o incitación directa o indirecta, lo cual tensiona con el principio de lesividad (Pastrana, 2019, pp. 52–54).

A estos planteamientos se suman otras lecturas constitucionales críticas. Por ejemplo, Landa (2018) ha advertido que la técnica legislativa empleada por el legislador peruano no distingue claramente entre apología como acto de expresión ideológica y apología como forma de incitación velada, lo que puede conducir a restricciones desproporcionadas de la libertad de expresión, especialmente en contextos de pluralismo político. En esa línea, se ha sugerido que el artículo 316-A debería ser interpretado a la luz del principio de proporcionalidad, exigiendo indicios objetivos de peligrosidad concreta del discurso apologético.

Por consiguiente, puede sostenerse que la apología del terrorismo tipificada en el artículo 316-A constituye una figura autónoma dentro del sistema de delitos de peligro abstracto, pero que su configuración sigue siendo objeto de debate doctrinal. Mientras Peña (2018) resalta sus avances respecto a versiones anteriores, Pastrana (2019) y Villegas (2022) subrayan la necesidad de dotar a esta figura de mayores garantías materiales y de una interpretación judicial conforme al estándar internacional de protección reforzada de la libertad de expresión.

### 1.3.6. Bien Jurídico protegido en el delito de apología del terrorismo

En el Perú, la apología del delito genérica del artículo 316 del Código penal, así como la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal, desde su ubicación sistemática tienen como bien jurídico protegido a la tranquilidad pública (Peña, 2018; Pastrana, 2019). Al respecto, en primer lugar, es menester destacar que la tranquilidad pública es un bien jurídico supraindividual, por ende, su extensión y vigencia serán establecidas en función a bienes jurídicos individuales como la vida, la propiedad, la salud, la libertad, etc. (Salinas, 2018; Peña, 2018).

Para Peña (2018), el bien jurídico de tranquilidad pública protegido por el derecho penal peruano refiere un “bien jurídico de orden espiritual e inmaterial a la vez” pues parte de un esquema subjetivo presente en cada individuo que conforma una sociedad respecto al sentir de seguridad para poder desempeñar su vida cotidiana con normalidad (Peña, 2018, p. 459). De igual manera, la Corte Suprema en el recurso de nulidad N.º 591-2016, Lima, ha precisado en su noveno fundamento que:

La Tranquilidad Pública ha de ser entendida como un bien jurídico de orden espiritual e inmaterial a la vez, al definirse como un estado de percepción cognitiva, que tiende a formarse en la psique de los ciudadanos, a partir del cual tienen una sensación de seguridad sobre el marco social donde han de desenvolverse, de sentir la tranquilidad, de que sus bienes jurídicos fundamentales no han de verse lesionados por ciertos actos de disvalor que toman lugar por agrupaciones de personas quienes en su ilícito accionar hayan de generar zozobra y pánico en la población (Corte Suprema de la República, 2018, p. 4).

En cuanto a la apología del terrorismo, diversos autores sostienen que reviste una intensidad cualitativamente mayor que la apología genérica de delitos, pues no se limita a tutelar la tranquilidad pública, sino que se proyecta hacia la salvaguarda del orden constitucional y del sistema democrático. Así, Mariona (2010), comentando la tipificación del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal español de 1995, subraya que la criminalización del discurso apologético, respecto al terrorismo, no puede entenderse como una mera reacción ante una perturbación del orden público, sino como una forma de protección del sistema democrático frente a ideologías violentas que lo amenazan desde su misma base.

En tal sentido, cabe resaltar que en el Título XXII del Código Penal español de 1995, aprobado mediante ley orgánica 10/1995, tipifica lo relativo a “Delitos contra el orden público”. En este sentido, el delito de enaltecimiento/humillación de las víctimas en España, cuyo núcleo de injusto comparte una conducta comunicativa próxima a la

apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano<sup>20</sup>, está catalogado dentro de los delitos contra el orden público a diferencia del Perú que lo tipifica como parte de los delitos contra la tranquilidad pública.

Sobre ello, Van Weezel (2012) sostiene que en España se entendían los delitos atentatorios contra el bien jurídico orden público como una forma disminuida de rebelión o sedición dirigida en contra de la autoridad estatal. De ahí que, lo que se protege con esta clase de tipos penales es la “tranquilidad en las calles”, pero producida de manera mediata o inmediata debido a consideraciones políticas (Weezel, 2012, p. 4). Por su parte, cuando los delitos atentatorios del orden público (como es el caso de la apología del terrorismo o la instigación de este) fueron importados a Latinoamérica, en particular a países como Chile y Perú, se tipificaron como delitos contra la tranquilidad pública precisamente para diferenciarlas de los delitos de sedición.

Teniendo en cuenta la precisión terminológica respecto a por qué en países latinoamericanos como Perú o Chile se optó por la denominación del bien jurídico como tranquilidad pública en lugar de orden público, es necesario mencionar que sobre el orden público en el Código penal español, Muñoz (2017) sostiene que si se opta por una interpretación extensiva todos los delitos de la parte especial del Código Penal español constituirían de uno u otro modo un atentado contra el orden público; no obstante, tal postura guarda un amplio margen de indeterminación, por lo cual, conviene optar por una interpretación restrictiva referida a “la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida cotidiana” (p. 742).

Para Terradillos y Gallardo (2016) la heterogeneidad de las conductas agrupadas como lesivas del orden público en el ordenamiento jurídico-penal español no guardan una relación que las lleve a un punto en común entre sí<sup>21</sup>, lo que deviene en una dilución de los fines político-criminales. En sede jurisprudencial, el orden público ha sido definido

---

<sup>20</sup> De esta manera, la fórmula típica utilizada en el delito de enaltecimiento/humillación de las víctimas o del terrorismo del artículo 578, inciso 1 del Código penal español de 1995 guarda la siguiente redacción:

El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses.

<sup>21</sup> Según refieren tales autores, las conductas tipificadas en el título XXII del Código penal español no guardan una división precisa y continúa frente a las conductas típicas del título XXI referente a los delitos contra la Constitución, para ello comparan las similitudes entre el delito de sedición (contra el orden público) y el delito de rebelión (contra la Constitución).

por la sala penal del Tribunal Supremo español mediante sentencia del 04 de diciembre de 2008 de la siguiente manera:

El orden público constituye (sic) aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales.

Particularmente, en lo referido al bien jurídico protegido en el delito de enaltecimiento del terrorismo o de humillación a sus víctimas, tipificado en el artículo 578 del Código Penal español, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que los discursos de enaltecimiento y humillación de los hechos, autores o víctimas del terrorismo constituyen un “discurso de odio” excluido de la protección del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, en sentencias como *Leroy v. France* (2008) y *Belkacem v. Belgium* (2017), el TEDH ha señalado que el elogio de actos terroristas o de sus autores, cuando implica una incitación al odio o a la violencia, no puede acogerse a la garantía de la libertad de expresión.

Esta línea jurisprudencial ha influido en la delimitación del bien jurídico protegido del delito de enaltecimiento/humillación del artículo 578 del Código penal español -según sostienen autores como Pena (2019), Cancio (2010) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en la sentencia N.º 224/2010 del 3 de marzo de 2010- el cual queda circunscrito a la proscripción de este tipo de discursos por su potencial para afectar gravemente la paz pública y deslegitimar los valores democráticos fundamentales.

A manera de crítica, Cancio (2010) sostiene que el bien jurídico orden público protegido por el delito de enaltecimiento/humillación del terrorismo o de sus víctimas del artículo 578 del Código penal español de 1995 no se trata de un verdadero bien jurídico, sino que se proclama “un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de este modo desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de ese modo” (p, 534).

En una línea similar a la indicada, Pena (2019) refiere que el delito de enaltecimiento/humillación del terrorismo o de sus víctimas del artículo 578 del Código penal español se encuentra ayuno de un bien jurídico protegido y que en última instancia el motivo de su legitimación se encontraría en su capacidad de evitar la ulterior comisión de actos de terrorismo que, sin embargo, no se ven materializados en la práctica. Agrega además que “no se castiga otra cosa que opiniones discrepantes con el orden social, constitucional y político” (Pena, 2019, p. 99).

En una línea distinta, Rodríguez (2012), destaca que el bien jurídico protegido en el delito de enaltecimiento/humillación del terrorismo o de sus víctimas del artículo 578 del Código penal español de 1995, consiste en la proscripción de la apología del terrorismo en tanto discurso que legitima la violencia como herramienta política, atenta contra los valores esenciales del pluralismo, la tolerancia y el consenso que definen al Estado democrático de derecho. Vives (2005), por su parte, sostiene que el terrorismo supone un ataque estructural al régimen democrático, por lo que su elogio o justificación pública tipificados en el equivalente artículo 578 del Código penal español no puede entenderse en los mismos términos que la apología de delitos comunes.

Sin embargo, para efectos específicos del delito de enaltecimiento del terrorismo en los términos del Código Penal español, el Tribunal Supremo español, en la sentencia STS 224/2010 del 3 de marzo de 2010 (párr. 3), ha sostenido que el bien jurídico protegido se encuentra determinado por la interdicción del “discurso del odio”, concepto que ha sido perfilado tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como por el Consejo de Europa. En este sentido, se ha considerado que el enaltecimiento o justificación de actos terroristas no se encuentra amparado por el derecho a la libertad de expresión o ideológica, ya que el discurso terrorista promueve la intolerancia absoluta, la pérdida del pluralismo político y la aterrorización colectiva como medio para alcanzar fines políticos (STS 224/2010, párr. 3).

Este razonamiento se encuentra en consonancia con los lineamientos de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, y su posterior modificación mediante la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008. Ambas decisiones establecen que los Estados miembros pueden criminalizar la provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo, incluso en ausencia de una incitación directa, siempre que se respete el principio de legalidad y los derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión. Esta orientación comunitaria ha servido de sustento para interpretar que el bien jurídico protegido en los delitos de enaltecimiento del terrorismo no es únicamente la seguridad pública en sentido estricto, sino también la protección del orden democrático frente a discursos de odio que legitiman la violencia con fines ideológicos o políticos (Pena, 2019).

Por su parte, en la dogmática argentina, Creus (1997), comentando el Código penal de dicho país, sostiene que la tranquilidad pública como bien jurídico conlleva un contexto subjetivo cuyo sustento es constituido por la confianza que cada individuo de una sociedad tenga para desempeñar sus actividades de manera plena y pacífica. Así, para

este autor, la tipificación de los delitos que atentan contra la tranquilidad pública debe ir orientada a evitar que se produzca “una alarma colectiva al enfrentar a los integrantes de la sociedad en que se producen, con la posibilidad de tener que sufrir hechos marginados de la regular convivencia, que los pueden atacar indiscriminadamente” (Creus, 1997, p. 103).

En ese orden de ideas, para este autor, refiriéndose únicamente al delito de apología del delito genérico del artículo 213 del Código penal argentino, sostiene que las conductas tendientes a proteger a la tranquilidad pública como bien jurídico constituyen delitos de mera actividad que se fundamentan en un peligro abstracto, pues lo que se pretende con la protección de un bien supraindividual es evitar la concreción de conductas capaces de afectar bienes jurídicos individuales (Creus, 1997).

En Colombia, Pacheco (1975) sostiene que el identificar al orden público como el bien jurídico tutelado con los delitos de instigación para delinquir y apología acarrea otros problemas porque requiere de un despliegue discursivo poco fructífero para diferenciarlo del orden jurídico o del orden público en sede constitucional, en tanto estos se entienden como “*el acervo de reglas y principios que fundamentan el Estado en base a un acuerdo político*” (Pacheco, 1975, p. 361). No obstante, un tópico en torno a la naturaleza de este bien jurídico consiste en relacionarlo con la paz pública “*entendida esta como la virtud que pone en el ánimo de los ciudadanos tranquilidad y sosiego, opuestos a la turbación y a las pasiones*” (Pacheco, 1975, p. 361).

Ahora bien, la designación de la paz pública como bien jurídico tutelado tampoco se halla exenta de problemas, pues al utilizar esta nomenclatura puede decirse que solo se podrá configurar un delito que la atente siempre que la paz social de un grupo social se vea comprometida; así, por ejemplo, la instigación a cometer un delito si va dirigida en contra de un sujeto en particular no podría tipificarse. En respuesta a ello, Pacheco (1975) sostiene que tal postura no es sostenible en tanto la instigación no solo causa zozobra en el sujeto respecto del cual se quiere cometer el delito, sino que comprende a la colectividad.

En síntesis, el bien jurídico protegido en la apología del terrorismo en el Perú se inscribe formalmente en la categoría de la tranquilidad pública como bien supraindividual, entendida como un estado de percepción colectiva de seguridad que permite el normal desenvolvimiento social. No obstante, en su configuración concreta, especialmente en el artículo 316-A, esta tutela se amplía hacia la protección del orden democrático frente a discursos que legitiman la violencia terrorista, incorporando una dimensión política y

de salvaguarda institucional. Aunque en el plano comparado —particularmente en España y en la jurisprudencia del TEDH— el acento se coloca en el “discurso de odio” y su potencial de incitación, en el modelo peruano subsiste la referencia principal a la tranquilidad pública, pero con una interpretación que asume, implícitamente, que la amenaza al orden constitucional es una afectación cualificada de ese bien jurídico.

### **1.3.7. Tipicidad objetiva del delito de apología al terrorismo**

La tipicidad objetiva se compone de elementos objetivos y subjetivos, dentro del primer grupo se encuentran los sujetos intervinientes, así como las modalidades típicas establecidas por el legislador para considerar configurada la conducta. En cuanto a los elementos subjetivos, la conducta analizada es eminentemente dolosa pues se requiere del conocimiento de los elementos típicos objetivos y la voluntad de concretarlos<sup>22</sup> por parte del agente.

#### **1.3.7.1. Sujetos intervinientes**

Dada la redacción legal utilizada, en principio, el delito la apología del terrorismo tipificado en el artículo 316-A del Código penal peruano de 1991 es un tipo común. Por ende, en cuanto al sujeto activo, la apología del terrorismo puede ser cometida por cualquier persona que, mediante un acto público de enaltecimiento, exaltación o justificación, legitime un delito de terrorismo o a una persona condenada como autor o partícipe. Esta amplitud del sujeto activo ha sido justificada por Peña (2018) en virtud del carácter comunicativo de la apología del terrorismo, la cual no exige una cualificación específica del autor ni una relación funcional con el hecho terrorista exaltado (p. 500).

Asimismo, Terrones (2020) observa que se trata de un delito de mera actividad, cuya consumación depende únicamente de la expresión pública del mensaje apologético, por lo que “cualquier persona que exteriorice el discurso típico a través de un medio idóneo puede ser considerada sujeto activo” (p. 90).

En cuanto al sujeto pasivo, este se identifica no en términos individuales, sino en función del bien jurídico colectivo afectado, el cual ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como el “orden democrático, la convivencia plural y el respeto al Estado de derecho” (STC N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 40). En esa línea, Peña (2018) sostiene que el sujeto pasivo es el Estado en cuanto garante del orden constitucional y de la

---

<sup>22</sup> Ello desde una visión tripartita de la teoría del delito en donde lo que se imputa no es la creación de riesgo prohibido al comportamiento, sino que se atribuye un resultado al comportamiento del sujeto activo.

seguridad colectiva, en la medida en que el discurso apologético puede alentar ideológicamente la repetición de conductas terroristas y deslegitimar los valores fundantes del sistema democrático.

Por consiguiente, tanto el Tribunal Constitucional como Peña (2018) y Terrones (2020) coinciden en que el sujeto activo puede ser cualquier persona, pero el sujeto pasivo debe entenderse como la colectividad organizada en un orden democrático, en cuyo nombre el Estado actúa para proteger bienes jurídicos de naturaleza difusa frente a discursos que revisten una peligrosidad simbólica.

### **1.3.7.2. Autonomía**

En cuanto a la apología del terrorismo como conducta autónoma, Peña (2018) sostiene que su tipificación responde a fines socio-pedagógicos y cognitivos, en tanto busca prevenir la normalización y legitimación simbólica de delitos especialmente graves, como los de terrorismo, a través de discursos públicos que los ensalcen. A juicio del autor, esta autonomía se justifica por la gravedad del mensaje apologético y su potencial de adhesión colectiva, lo cual otorga sentido a su penalización anticipada, incluso al margen de una incitación directa.

En este marco, Peña (2018) también considera que la tipificación actual del artículo 316-A ofrece una mejor técnica legislativa respecto del derogado artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, ya que describe con mayor precisión los verbos típicos y las condiciones de publicidad exigidas, atendiendo así a los cuestionamientos de constitucionalidad formulados por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 010-2002-AI/TC. Por ello, el autor sostiene que lo que fue declarado inconstitucional en 2002 fue la fórmula legislativa imprecisa, mas no la necesidad material de penalización de la conducta apologética vinculada al terrorismo, ni del tipo base ni de su agravante (Peña, 2018, pp. 499–504).

Esta interpretación coincide parcialmente con lo ya sostenido por Bramont-Arias (1996) respecto al artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, en cuya opinión la apología del terrorismo constituía una forma autónoma de provocación penalmente relevante, con un fundamento preventivo sustentado en su peligrosidad ideológica, distinta tanto de la instigación como de la apología genérica del artículo 316 del Código Penal. Para este autor, “todo lo más que se le puede imputar [a la apología del terrorismo] es su capacidad objetiva de generar adhesiones” (p. 500), lo cual la convierte en una figura comunicativa con efectos jurídicos propios, no dependientes de otros tipos.

Por su parte, Prado (1994), comentando el derogado artículo 7 del Decreto ley N.º 25475, reconoció la gravedad del fenómeno apologético en contextos de violencia política, pero también sostuvo que la redacción de la apología del terrorismo en esos términos permitía una punición desmedida, al no exigir un riesgo concreto ni una finalidad incitadora del discurso. Sin embargo, admitía la legitimidad constitucional de penalizar la exaltación de actos o personas terroristas, sin necesidad de probar su eficacia causal, cuando ello amenazaba directamente la paz pública y la estabilidad democrática.

Así, la configuración actual del artículo 316-A de apología del terrorismo puede entenderse como un intento de retomar la idea de autonomía típica, sostenida por parte de la doctrina en los años noventa, pero subsanando las deficiencias legislativas del modelo anterior, al tiempo que delimita el alcance de la figura con base en criterios de mayor precisión semántica, técnica legislativa y orientación teleológica del tipo penal.

### **1.3.7.3. Modalidades típicas**

El artículo 316-A del Código Penal peruano, incorporado mediante la Ley N.º 30610, tipifica el delito de apología del terrorismo en base a tres verbos rectores: exaltar, enaltecer y justificar. La interpretación precisa de estos verbos es esencial para definir el ámbito de punibilidad del tipo penal y evitar afectaciones desproporcionadas a la libertad de expresión, y fue uno de los puntos materia de análisis de constitucionalidad en la sentencia N.º 370-2022 del expediente N.º 0005-2020-AI/TC del 8 de noviembre de 2022 por una demanda presentada el 6 de marzo de 2020.

Es así como, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, confirmando la compatibilidad del tipo penal del artículo 316-A del Código penal con los principios constitucionales por medio de la STC N.º 370/2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC, del 08 de noviembre de 2022<sup>23</sup>, precisando para ello el alcance semántico y la función típica de las modificaciones incorporadas por la Ley N.º 30610 al igual que diversos autores nacionales.

En cuanto al verbo “exaltar”, según el Tribunal Constitucional, no resulta vago ni abierto en un sentido inconstitucional, pues tiene un contenido semántico reconocible por

---

<sup>23</sup> En la STC 370/2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC, el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por 7345 ciudadanos contra diversas leyes y decretos legislativos relacionados con la represión del terrorismo. En lo relativo al delito de apología del terrorismo, se cuestionó la constitucionalidad del artículo 316-A del Código Penal (incorporado por la Ley N.º 30610), alegando que vulneraba la libertad de expresión, el principio de legalidad penal y el principio de lesividad. Para mayor detalle sobre el contenido y resolución de la sentencia ver el acápite 1.3.8.

cualquier ciudadano. En sus propias palabras, “exaltar significa elevar a alguien o algo a gran auge o dignidad; realzar el mérito o circunstancias de alguien” (STC N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 35). En el contexto penal, exaltar implica destacar con admiración o aprecio acciones terroristas o a quienes las ejecutaron, proyectando una imagen simbólicamente legitimadora.

En el mismo sentido, Peña (2018) define “exaltar” como “alabar, ensalzar a una determinada persona, por sus cualidades, características o virtudes” (p. 501), y sostiene que en el contexto del tipo penal se trata de colocar en un pedestal a una persona condenada por terrorismo. Terrones (2020) añade que exaltar, en este delito, implica “resignificar actos criminales como gestas heroicas” (p. 89), lo que refuerza la dimensión ideológica de la conducta, más allá de su potencial de provocar hechos futuros.

El verbo “enaltecer” es interpretado por el Tribunal como sinónimo funcional de exaltar, con el matiz de “ensalzar, dar mayor gloria o lustre a alguien o algo” (STC N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 35). Su inclusión en el tipo penal responde a la necesidad de capturar expresiones de alabanza dirigidas a figuras o hechos terroristas, siempre que haya mediado una condena firme.

Peña (2018) no distingue sustancialmente entre “exaltar” y “enaltecer”, y les atribuye el mismo núcleo comunicativo: la glorificación pública de delitos o de personas vinculadas a ellos. En esta línea, Villegas (2022) señala que ambos verbos cumplen una función simbólica: “funcionan como catalizadores del discurso legitimador de la violencia, al representar al autor del atentado como un mártir o referente moral” (p. 137).

En cuanto al verbo “justificar”, el Tribunal Constitucional indica que consiste en “probar algo con razones convincentes, o hacer algo justo” (STC N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 35). En el contexto del artículo 316-A, se refiere a acciones que buscan racionalizar o legitimar la comisión de delitos terroristas o la conducta de sus autores, presentándolas como comprensibles, necesarias o deseables.

Peña (2018) advierte que “justificar” implica “pretender avalar que se cometa un delito en particular o el comportamiento delictivo atribuible a una persona sentenciada” (p. 502), lo cual representa una forma indirecta de promover su repetición. Esta conducta, para el autor, “consiste en sostener razones que carecen de toda validez jurídica, para amparar que se cometan cierta clase de delitos” (Peña, 2018, p. 502).

De la Jara (2021), por su parte, alerta que el verbo “justificar” puede ser el más problemático de los tres, pues puede dar lugar a sancionar discursos que solo expresan una opinión ideológica o un juicio político. Por ello, el citado autor señala que el término

“justificar” debe interpretarse con cautela y en conjunción con el principio de proporcionalidad: “no toda explicación o comprensión de la violencia es justificación apologética” (p. 118).

El Tribunal Constitucional aclaró en su sentencia N.º 370-2022 del expediente N.º 0005-2020-AI/TC del 8 de noviembre de 2022 que ninguno de estos verbos, por sí solos, infringe el principio de legalidad, pero subraya que la aplicación del tipo penal debe restringirse a expresiones que recaigan sobre actos terroristas ya realizados o personas condenadas por sentencia firme, y que se efectúen mediante medios idóneos para lograr la difusión pública del mensaje (STC N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 36–37). Además, enfatiza que la apología no abarca manifestaciones académicas, históricas o artísticas, salvo que estas se conviertan, en los hechos, “en mecanismos de exaltación, justificación o enaltecimiento” (STC N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 38).

En esa línea, Villegas (2022) propone que los verbos rectores deben leerse no solo desde su contenido descriptivo (alabanza, defensa), sino también desde su función comunicativa: “solo cuando estas expresiones están orientadas a reforzar el ideario terrorista y tienen aptitud para generar adhesiones, cabe considerarlas típicas” (p. 138).

Finalmente, Peña (2018) sostiene que los verbos se materializan solo si la conducta de apología en general -pero que dada su interpretación también es extensiva a la apología del terrorismo- es “idónea y/o apta para generar un arrastre a la proactividad de un delito en particular o de pretender emular la conducta delictiva” (p. 503), lo cual introduce una exigencia de racionalidad comunicativa que puede atenuar los riesgos de criminalización desproporcionada.

#### **1.3.7.4. Publicidad**

Sobre la publicidad como elemento típico objetivo, Peña (2018) sostiene que deben excluirse del ámbito de aplicación del delito apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal de 1991 las expresiones vertidas en espacios cerrados o reuniones de carácter privado. En este punto, Mesía (s.f.) desarrolla una clasificación doctrinal útil para delimitar lo que debe entenderse por publicidad:

(a) actos realizados en lugares de uso público, como plazas, parques o calles; (b) actos en espacios abiertos al público, como iglesias, cines o discotecas, en los que puede acceder cualquier persona bajo ciertas condiciones; y (c) actos en lugares privados, pero en los que no se exige invitación especial para participar.

Peña (2018) agrega que es en estos espacios abiertos a la interacción colectiva donde el discurso apologético adquiere peligrosidad, pues permite su propagación y legitimación frente a una audiencia socialmente indeterminada. De allí que la publicidad

no sea un simple criterio formal, sino una exigencia de carácter normativo que conecta el discurso con su potencial lesivo en contextos de violencia subversiva.

En este mismo sentido, Bramont-Arias (1996), comentando la tipificación de la apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto ley N.º 25475, ya advertía que el elemento de la publicidad era esencial para configurar la apología del terrorismo como un delito de peligro abstracto orientado a proteger la tranquilidad pública, pues solo a través de la exposición pública del mensaje apologético puede activarse el riesgo prohibido. Este autor precisó, además, que la publicidad debía ser idónea para alcanzar a un número indeterminado de personas, reafirmando así su rol como presupuesto de tipicidad penal.

En efecto, estas exigencias fueron posteriormente recogidas por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 010-2002-AI/TC, al señalar que la conducta de exaltación solo resulta punible si se realiza mediante un medio de difusión “capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que sea idóneo para propalar el elogio a un número indeterminado de personas” (párr. 88).

Ahora bien, el análisis del medio empleado en la difusión también ha sido abordado con mayor detenimiento por Villegas (2022), quien señala que lo esencial es que dicho medio sea funcionalmente apto para propagar el mensaje apologético, ya sea que se trate de discursos orales, escritos, visuales, audiovisuales o difundidos a través de redes sociales, siempre que posean ese carácter expansivo.

En relación con el uso de un medio académico o científico como medio para difundir el mensaje apologético Peña (2018) refiere que no debe confundirse un discurso apologético con manifestaciones doctrinarias o ideológicas protegidas por la libertad de expresión, como sucede en el caso de publicaciones académicas, ensayos políticos o folletos programáticos comunistas o revolucionarios, salvo que estos expresamente alaben, justifiquen o ensalcen delitos de terrorismo o a sus autores condenados. En sus palabras: “no deben tratarse de manuscritos, obras u folletos donde se desarrollen ideas, doctrinas, estudios programáticos propias de posturas comunistas, revolucionarias política y económicamente hablando, pues ello encuentra amparo en el derecho constitucional a la libertad de expresión” (Peña, 2018, p. 500).

Asimismo, la exigencia de publicidad ha sido distinguida del simple carácter comunicativo de otras figuras típicas, como el delito de instigación al terrorismo (artículo 6 del Decreto Ley N.º 25475) o la conspiración para el terrorismo (artículo 6-B del Decreto ley N.º 25475), que si bien también presuponen una exteriorización verbal, lo hacen en función de un acuerdo o exhortación operativa a la comisión del delito de

terrorismo, a diferencia de la apología del terrorismo que se basa en una comunicación de legitimación sin necesidad de destinatario determinado. Esta diferencia ha sido destacada por autores como Peña (1992) y Bramont-Arias (1996), quienes, al analizar el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, ya indicaban que la apología del terrorismo no requería prueba de eficacia provocadora ni un nexo causal con actos futuros, lo que la desvincula de la instigación y la ubica en una categoría autónoma de peligrosidad simbólica.

Por tanto, siguiendo a estos autores, puede afirmarse que la actual configuración del artículo 316-A del Código Penal vigente a partir de la ley N.º 30610 del 19 de julio 2017 ha corregido algunos de los defectos advertidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N.º 10-2002-AI/TC del 4 de enero de 2003, al delimitar con mayor precisión el núcleo del injusto de la apología del terrorismo y exigir que la “exaltación”, “justificación” o “enaltecimiento” del acto terrorista o de su autor se difunda públicamente en condiciones tales que sean aptas para generar un impacto ideológico en la colectividad.

No obstante, dada la actual redacción del artículo 316-A del Código Penal y las exigencias que impone el derecho a la libertad de expresión -el cual incluye, entre otros, la prohibición de mecanismos de censura previa conforme al artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú de 1993-, aun resulta indispensable que la conducta apologética se exteriorice públicamente. Esta exigencia de publicidad cobra especial relevancia si se considera que el tipo penal no requiere, como elemento típico, la presencia de un componente incitador, ni siquiera de forma indirecta, tal como lo ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias de sus expedientes N.º 10-2002-AI/TC y N.º 00005-2020-AI/TC.

En ese sentido, Pastrana (2019) advierte que, al no estar la apología del terrorismo necesariamente vinculada a una provocación concreta, la publicidad del mensaje se convierte en el principal filtro dogmático que permite diferenciar una expresión protegida por la libertad de pensamiento de un discurso penalmente relevante por su potencial de difusión y adhesión ideológica (p. 53).

### **1.3.8. Cuestionamiento a la Constitucionalidad del artículo 316-A del Código penal**

Como se ha mencionado, el 6 de marzo de 2020, un total de siete mil trescientos cuarenta y cinco ciudadanos interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra diversas leyes que legislaban sobre materias relacionadas con el terrorismo. En lo que atañe al objeto de esta investigación, una de las normas cuestionadas fue la Ley N.º

30610 del 19 de julio de 2017, que incorporó el artículo 316-A al Código Penal, estableciendo el delito específico de apología del terrorismo, y que además modificó el artículo 316, incorporando los verbos típicos “exaltar”, “justificar” y “enaltecer” como formas comisivas de la apología genérica<sup>24</sup>.

La demanda presentada sostuvo que la ley en cuestión atenta contra el derecho a la libertad de conciencia, opinión, expresión y difusión del pensamiento. Además, también sostuvo que afecta el principio de legalidad en función a lo indeterminado de la redacción legal. Así, se sustentó dicho razonamiento sobre la base de que los verbos incorporados “*no están conectados con la obtención de una incitación para la comisión de delitos relacionados al terrorismo*”, del mismo modo, los demandantes alegan que la Ley N.º 30610 “constituye un instrumento de persecución política con el fin de silenciar la opinión de un sector de la ciudadanía. Estiman que la ley vulnera los derechos fundamentales relacionados con las libertades de conciencia, opinión, expresión y difusión del pensamiento”.

El Tribunal Constitucional resolvió la causa por medio de la sentencia N.º 3070/2022 del expediente N.º 00005-2020-PI/TC del 8 de noviembre de 2022. A partir de lo establecido en los fundamentos de la sentencia, se pueden extraer los siguientes aspectos: i) concepto de apología del terrorismo; ii) diferencia entre apología del terrorismo e instigación; iii) principio de lesividad; iv) principio de legalidad; y v) conclusión resolutive del Tribunal Constitucional, los cuales serán desarrollados a continuación.

#### **1.3.8.1. Contenido de los verbos rectores del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal**

El Tribunal Constitucional reafirma que el delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal constituye una manifestación pública orientada a legitimar, justificar o exaltar hechos terroristas o a personas condenadas por dichos delitos. En la sentencia, se señala que los verbos rectores “exaltar”, “justificar” y “enaltecer” implican: elevar a alguien o algo mediante un discurso de admiración, o bien excusar acciones terroristas haciéndolas aparecer como legítimas.

Es así como, el Tribunal Constitucional define que:

---

<sup>24</sup> Las demás normas cuestionadas en dicha demanda fueron las Leyes N.º 30353, 30414, 30717, 30220, 30794, 30323, 30819 y 30151. Estas desarrollaban distintos aspectos vinculados al tratamiento del terrorismo y su prevención, incluyendo disposiciones sobre la educación, control migratorio, y limitaciones al ejercicio de funciones públicas por personas condenadas por delitos de terrorismo.

*la 'exaltación' y el 'enaltecimiento' apuntan a la misma finalidad, esto es, destacar la acción terrorista o a los condenados por terrorismo utilizando un discurso dotado de admiración o aprecio que ensalza sus presuntas virtudes; mientras que la 'justificación' pretende excusar el terrorismo o a sus autores condenados con sentencia firme, mostrando las acciones criminales realizadas como legítimas (STC del exp. N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 34).*

Además, se hizo énfasis en que los términos descritos a partir del texto normativo se refieren necesariamente al autor condenado por sentencia firme en un delito de terrorismo o a un delito de terrorismo o cualquiera de sus tipos. De este modo, concluye que la redacción “cumple con las exigencias del subprincipio de taxatividad, pues los verbos rectores utilizados permiten que, para cualquier ciudadano de formación básica, la conducta prohibida resulte verificable con relativa certidumbre” (STC del exp. N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 39).

#### **1.3.8.2. Diferencia entre la instigación con la apología del delito de terrorismo.**

En cuanto a la distinción de la apología del terrorismo en los términos tipificados en el artículo 316-A del Código penal respecto de la instigación como forma de participación delictiva del artículo 24 del mismo código, el Tribunal Constitucional establece de forma categórica que se trata de figuras diferenciadas. Así, establece que la instigación busca determinar a otro sujeto concreto para la comisión de un delito, mientras que la apología del terrorismo carece de un destinatario individualizado. Por tanto, la apología del terrorismo no requiere de un elemento subjetivo de incitación ni tiene como finalidad provocar directamente nuevos delitos (STC del exp. N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 41)

Así, se afirma que “la apología no consiste en un acto de instigación porque no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito” (párr. 41), y que “en dicho delito no puede existir instigación porque no existe un sujeto concreto receptor del apologista” (párr. 43).

#### **1.3.8.3. Principio de lesividad y peligro abstracto**

En relación con el principio de lesividad, el Tribunal Constitucional sostiene que, si bien este principio no aparece de forma expresa en el texto constitucional, sí constituye una exigencia implícita derivada de los artículos 1, 3 y 44 de la Constitución, y se encuentra recogido explícitamente en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal (párr. 48). Conforme a la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N.º 00019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005 el Tribunal reafirma que toda norma penal debe estar orientada a la protección de bienes jurídicos

constitucionalmente relevantes y no puede establecer restricciones injustificadas a las libertades fundamentales (párr. 49).

Sobre la base de ese marco doctrinal, el Tribunal caracteriza al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal como un delito de peligro abstracto, es decir, un tipo penal que no exige prueba empírica de lesión ni riesgo concreto, sino que presume una peligrosidad *ex ante* por la sola realización de la conducta tipificada. En sus términos: “el tipo penal sanciona un comportamiento que, si bien no genera la afectación concreta de un bien jurídico, comporta una peligrosidad potencial general” (STC del exp. N.º 00005-2010- 2020-AI/TC, párr. 51.a).

Además, el Tribunal Constitucional argumenta que esta peligrosidad radica en el hecho de opinar o pensar de determinada forma, sino en la manifestación pública y legitimadora de hechos o personas vinculadas al terrorismo, lo cual tiene “una dimensión lesiva en tanto puede debilitar los fundamentos del orden democrático, promover adhesiones ideológicas y poner en peligro la convivencia plural” (párr. 51.b y párr. 52).

El Tribunal justifica esta concepción anticipatoria del *ius puniendi* apelando a su propia jurisprudencia previa, especialmente a la STC del exp. N.º 00006-2014-PI/TC, del 5 de marzo de 2020, donde se estableció que los delitos de peligro abstracto son constitucionalmente válidos cuando están diseñados para hacer frente a amenazas estructurales que no pueden ser enfrentadas solo desde una lógica reactiva. Así, reitera que: “en los delitos de peligro abstracto, la constatación del peligro se efectúa de manera *ex ante*, siendo válido para el legislador establecer determinados comportamientos como penalmente reprochables sin necesidad de verificar su efectiva lesividad” (STC del expediente N.º 00006-2014-PI/TC, párr. 52).

En consecuencia, para el Tribunal, la tipificación del artículo 316-A, incorporada por medio de la ley N.º 30610 del 23 de junio de 2007, satisface el principio de lesividad no porque exija una lesión concreta, sino porque protege anticipadamente el orden democrático, la seguridad colectiva y la tranquilidad pública, frente a formas de expresión que -aunque simbólicas- pueden servir como mecanismos de legitimación o reproducción del ideario terrorista. Esta visión coincide con lo planteado por autores como Bramont-Arias (1996), quien, comentando el artículo 7 del decreto ley N.º 25475 de marzo de 1992, sostiene que la apología del terrorismo debe entenderse como una forma autónoma de provocación, cuya peligrosidad no deriva de su eficacia causal sino de su capacidad objetiva para generar adhesiones sociales al proyecto violento.

#### **1.3.8.4. Principio de legalidad**

En cuanto al principio de legalidad penal, el Tribunal indica que la incorporación del artículo 316-A mediante la Ley N.º 30610 no vulnera dicho principio ni su manifestación del subprincipio de taxatividad. Pese a los cuestionamientos respecto de la supuesta vaguedad de los verbos típicos (“exaltar”, “justificar” y “enaltecer”), el TC considera que estos “permiten que, para cualquier ciudadano de formación básica, la conducta prohibida resulte verificable con relativa certidumbre” (STC del exp. N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 39).

Además, precisa que referencias históricas, artísticas o académicas a organizaciones terroristas o a condenados por terrorismo no configuran apología del terrorismo si no se orientan a “exaltar”, “justificar” o “enaltecer” sus acciones (párr. 38), de modo que se garantiza un núcleo inviolable de la libertad de expresión, compatible con el respeto al orden constitucional.

#### **1.3.8.5. Conclusión resolutive del Tribunal Constitucional en la STC 370/2022 del expediente N.º 00005-2010-AI/TC**

En suma, el Tribunal concluye que la ley impugnada cumple con los estándares constitucionales y no vulnera ni el principio de legalidad ni el de lesividad ni las libertades comunicativas. La sanción de la apología se justifica en su capacidad de legitimar la acción delictiva y la estrategia de los grupos terroristas, los cuales “*suponen un peligro efectivo para la vida, la integridad de las personas y la subsistencia del orden democrático constitucional*” (STC del exp. N.º 00005-2020-AI/TC, párrs. 20, 54 y 56).

Desde esta perspectiva, se considera constitucional la tipificación de la apología del terrorismo como delito autónomo, aun cuando no tenga finalidad de incitación, en tanto representa una conducta simbólicamente peligrosa que socava los valores democráticos.

#### **1.3.8.6. Valoración crítica de la STC 370/2022 a la luz de la doctrina penal nacional**

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaída en el exp. N.º 00005-2020-AI/TC, del 08 de noviembre de 2022 representa un punto de consolidación jurisprudencial respecto a la validez constitucional del delito de apología del terrorismo previsto en el artículo 316-A del Código Penal. No obstante, su análisis revela ciertos matices y tensiones que deben ser confrontados críticamente con los aportes doctrinarios

desarrollados en torno a figuras anteriores, especialmente el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475.

En primer lugar, el Tribunal reafirma la autonomía típica de la apología del terrorismo frente a figuras como la instigación, precisando que no se requiere prueba de incitación directa ni indirecta, ni un vínculo de causalidad entre el discurso apologético y la comisión de actos terroristas. Este razonamiento coincide con la postura ya defendida por Bramont-Arias (1996), para quien la apología constituye una forma autónoma de provocación penalmente relevante, orientada a prevenir la circulación de discursos simbólicamente peligrosos, aunque no incitadores en sentido operativo. Sin embargo, mientras que el autor justifica la punición por la capacidad objetiva del discurso de generar adhesiones, el Tribunal se limita a afirmar su peligrosidad abstracta sin una reflexión suficiente sobre los criterios para identificar cuándo esa peligrosidad se convierte en jurídicamente relevante.

Por otro lado, el fallo se distancia de posturas como la de Pastrana (2019), quien considera que la apología del terrorismo solo puede justificarse constitucionalmente si comporta al menos una incitación indirecta o una aptitud verificable para influir en la conducta de terceros. Esta exigencia se funda en una lectura garantista del principio de lesividad, que busca evitar la criminalización de ideas o de expresiones que, aunque polémicas, no representan un riesgo real para bienes jurídicos concretos. En este punto, la STC N.º 370/2022 del expediente N.º 0005-2020-AI/TC del 8 de noviembre de 2022 valida la intervención penal anticipada en función de un modelo preventivo que podría tensionar el estándar de necesidad y proporcionalidad.

De este modo, en el examen de constitucionalidad de la Ley N.º 30610, el Tribunal Constitucional realiza un control de razonabilidad en el que subraya que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que puede ser restringida cuando se trate de discursos que amenacen el orden democrático y la seguridad de la población. En esa línea, resalta la importancia del principio de proporcionalidad, señalando que toda restricción debe ser idónea y necesaria para alcanzar un fin legítimo. Así, afirma en términos generales que la tipificación de la apología del terrorismo resulta idónea para desterrar discursos que legitiman la violencia política (párr. 21), que es necesaria para proteger la democracia (párrs. 53–57), y que la peligrosidad abstracta de tales expresiones justifica su sanción penal.

Sin embargo, estos enunciados se presentan como afirmaciones abstractas, sin un examen que contraste de modo concreto las cargas impuestas a la libertad de expresión

frente a los beneficios obtenidos en materia de seguridad. En consecuencia, el Tribunal no realiza un test de ponderación en función de la teoría de argumentación de Alexy (2002) que equivaldría a evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *stricto sensu* de la medida, como aquel que valora comparativamente costos y beneficios para justificar que el sacrificio del derecho fundamental es efectivamente menor que la relevancia de los bienes constitucionales protegidos.

En cuanto al principio de legalidad, si bien el Tribunal sostiene que los verbos típicos “exaltar”, “justificar” y “enaltecer” son comprensibles para un ciudadano medio, autores como Peña (1992) habían advertido desde la vigencia del Decreto Ley N.º 25475 que una redacción tan abierta puede facilitar usos arbitrarios del tipo penal, especialmente cuando no se delimita con claridad el objeto del acto apologético ni se exige una sentencia firme sobre los hechos o las personas enaltecidas. La sentencia del TC del 2022 intenta paliar este riesgo al condicionar la aplicación del tipo a la existencia de una condena firme y al uso de medios idóneos de difusión pública (fund. 38 y 88 de la STC 010-2002-AI/TC, citada como antecedente interpretativo), pero no resuelve plenamente el margen de ambigüedad que podría derivar de la interpretación expansiva de los verbos rectores.

Finalmente, el enfoque del Tribunal refuerza la idea de que el bien jurídico protegido no se limita a la seguridad pública en sentido estricto, sino que abarca la preservación del orden democrático, la tranquilidad pública y la estabilidad de un sistema basado en el pluralismo y la resolución pacífica de los conflictos. Esta orientación se alinea con la noción de peligrosidad ideológica defendida por Peña (2018), aunque el autor insiste también en la necesidad de mecanismos interpretativos estrictos para evitar que se sancionen expresiones críticas amparadas por el derecho constitucional a la libertad de pensamiento y opinión.

En suma, si bien la STC N.º 370/2022 del exp. 0005-2020-PI/TC ofrece una estructura argumentativa más sistemática que la jurisprudencia previa, como la STC del expediente N.º 010-2002-AI/TC, todavía persisten ciertos vacíos dogmáticos sobre los límites de la libertad de expresión en contextos de alta sensibilidad ideológica. La doctrina penal peruana, en sus distintos enfoques, ha mostrado que la penalización de la apología del terrorismo debe equilibrar los objetivos preventivos del derecho penal con las exigencias propias de un Estado constitucional, en el que las restricciones a las libertades preferidas deben ser excepcionales, necesarias y estrictamente proporcionadas al riesgo que se busca evitar.

#### **1.4. El delito de apología del terrorismo como acto preparatorio en la forma de provocación**

En el presente apartado se examina, en virtud de la evolución normativa de esta figura en el ordenamiento jurídico peruano desarrollada en el acápite anterior, su vinculación con la categoría dogmática de la provocación, entendida como una forma de **incitación pública anterior a la tentativa**. Así, desde de una reconstrucción crítica de sus antecedentes legislativos y de los aportes doctrinales nacionales y comparados, tanto por la jurisprudencia como por parte de la doctrina, se traza la conceptualización de la apología del terrorismo como una manifestación de un acto preparatorio punible en forma de provocación<sup>25</sup>.

##### **1.4.1. Revisión de la tipificación de la apología del terrorismo en la legislación peruana y su consolidación como acto preparatorio punible**

A fin de comprender con mayor precisión la naturaleza dogmática del delito de apología del terrorismo en el ordenamiento jurídico peruano, resulta necesario examinar cómo ha sido configurado a lo largo de su evolución normativa, desde su primera aparición en el Decreto Ley N.º 46 de 1981 hasta su actual tipificación en el artículo 316-A del Código Penal. Este recorrido permitirá identificar si, más allá de las diferencias en técnica legislativa, contexto político-criminal o formulación literal, ha existido una constante en torno a su tratamiento como una forma de acto preparatorio punible.

En tal sentido, el objetivo de este apartado es analizar en cada etapa normativa si la apología fue concebida como un acto de participación en el delito (como la instigación en forma de participación delictiva de acuerdo al artículo 24 del Código penal), o si, por el contrario, se trata de acto preparatorio punible con autonomía propia sin que requiera una conexión con la comisión de un posterior delito de terrorismo, en una línea más orientada a la prevención simbólica de la violencia terrorista. Esta lectura permitirá esclarecer su lugar dentro de la teoría del delito, especialmente a la luz del debate doctrinal sobre la exigencia de un elemento incitador, y establecer las bases para su análisis posterior como forma específica de provocación penalmente relevante.

##### **1.4.1.1. El decreto ley N.º 046**

---

<sup>25</sup> Este análisis permite integrar de manera sistemática el tipo penal del artículo 316-A del Código Penal dentro del modelo de los actos preparatorios punibles, dotándolo de racionalidad dogmática y reduciendo su potencial lesivo para los derechos fundamentales, en particular, la libertad de expresión.

Tomando como punto de partida el análisis ya efectuado sobre el Decreto Ley N.º 46 del 03 de marzo 1981, es posible avanzar hacia una caracterización dogmática más precisa de la apología del terrorismo en esta etapa normativa temprana. Si bien la norma introdujo por primera vez esta figura dentro de un régimen penal especial orientado al fenómeno terrorista, en función de lo desarrollado tanto por Hurtado (1994), Villavicencio (1983), Bramont-Arias (1992) y Peña (1992), no se evidenció unanimidad respecto a su ubicación sistemática en el marco de la teoría del delito como forma de acto preparatorio punible o como forma de instigación.

Así, Villavicencio (1983) sostuvo que el tipo penal incorporado por el Decreto Ley N.º 46 resultaba innecesario, en tanto los comportamientos allí descritos ya se encontraban comprendidos dentro del delito de instigación pública del artículo 282 del Código Penal de 1924. Desde su perspectiva, la apología del terrorismo no constituía una figura autónoma, sino una variante de instigación que carecía de sustento para una tipificación diferenciada.

No obstante, otros autores como Peña (1992) y Bramont-Arias (1996) desarrollaron una interpretación distinta. Para Peña (1992), si bien la fórmula legislativa era deficiente y carecía de precisión técnica, su finalidad era la de reprimir un acto de peligrosidad anticipada -no como participación delictiva en forma de instigación, sino como manifestación autónoma de peligro ideológico-. En una línea similar, Bramont-Arias (1996) reconocía que la apología del terrorismo tipificada por el Decreto Ley N.º 46, pese a sus ambigüedades normativas, debía entenderse como un delito de expresión con capacidad objetiva de provocar adhesiones, que no requería ni destinatario individual ni prueba de eficacia incitadora.

A pesar de ello, y más allá de las diferencias interpretativas en cuanto a la función del elemento incitador en la configuración, es posible concluir que, en base a la dogmática penal nacional citada del delito de apología del terrorismo del Decreto N.º 046, existe un consenso sustantivo en torno a la naturaleza anticipatoria de la apología del terrorismo. Es así como, mientras Villavicencio (1983) la vinculaba a la categoría de la instigación, Peña (1992) y Bramont-Arias (1996) la identificaban como un acto preparatorio punible autónomo, en tanto su núcleo de injusto no radicaba en la provocación causal de una conducta delictiva posterior, sino en la legitimación simbólica de la violencia subversiva como medio de acción política.

Este enfoque permite sostener que ya en esta etapa normativa inicial se perfila una tendencia a castigar formas de intervención delictiva temprana que, aunque no se

proyectan funcionalmente hacia la comisión de un delito concreto, sí representan un riesgo relevante para bienes jurídicos como la tranquilidad pública o el orden democrático. En esa línea, la apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto Ley N.º 46 puede considerarse una forma originaria de provocación ideológica, encuadrable dentro del grupo de actos preparatorios punibles con estructura comunicativa autónoma.

#### **1.4.1.2. El Decreto ley N.º 25475**

El Decreto Ley N.º 25475, promulgado el 06 de mayo de 1992 en el marco de una política de excepción frente al terrorismo, marcó un retorno a la legislación especial en el tratamiento penal de la apología del terrorismo. Si bien su redacción presentaba una formulación abierta y ambigua, la inclusión de un tipo penal autónomo para sancionar la apología en su artículo 7 consolidó definitivamente el modelo de anticipación punitiva que ya se vislumbraba en el Decreto Ley N.º 46. La norma sancionaba al que “públicamente, a través de cualquier medio, hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido”, sin exigir la acreditación de un riesgo concreto ni una finalidad incitadora.

En el plano dogmático, este nuevo marco normativo fue objeto de diversas valoraciones. Por un lado, Peña (1992) consideró que la fórmula legal empleada era técnicamente deficiente y normativamente riesgosa, pues eliminaba garantías básicas como la necesidad de que el acto o la persona exaltada hubieran sido condenados mediante sentencia firme. No obstante, reconocía que el bien jurídico protegido era la tranquilidad pública y que la intervención penal se justificaba en función de una prevención simbólica del discurso apologético, entendida como una manifestación que, aun sin incitar directamente a cometer delitos, puede contribuir a reforzar el ideario subversivo en contextos de alta conflictividad.

En contraste, Bramont-Arias (1996) sostuvo que la apología del terrorismo debía distinguirse de la instigación: mientras esta última requiere un llamado directo a delinquir y un destinatario determinado, la apología se agota en la manifestación pública de admiración o justificación del terrorismo, sin necesidad de una finalidad provocadora. En su análisis, esta figura penal operaba como un instrumento de control sobre la propagación ideológica de la violencia, sin necesidad de conexión causal ni de prueba de eficacia, lo que la ubica claramente dentro de la categoría de delito de peligro abstracto.

Una postura similar fue adoptada por Prado (1994), quien defendió abiertamente la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, incluso en ausencia de una

intención incitadora. Según su lectura, la gravedad del contexto de violencia política justificaba que la mera exaltación pública de personas condenadas por terrorismo fuera considerada penalmente relevante. Para este autor, la apología no requería demostrar eficacia provocadora alguna, ya que su sola expresión pública, en un escenario de conmoción interna, ponía en riesgo la estabilidad del orden democrático.

A partir de estas posiciones, puede advertirse que el debate doctrinal giró fundamentalmente en torno a la necesidad -o no- de incorporar un elemento incitador como requisito típico. Mientras Peña (1992) y Pasara (1993) mostraban preocupación por la amplitud de la fórmula legal y planteaban la conveniencia de restringir su aplicación a supuestos con capacidad incitadora (aunque sea indirecta), Prado (1994) y Bramont-Arias (1996) sostenían que dicha exigencia no era indispensable para su validez constitucional, en tanto el bien jurídico protegido podía verse amenazado por la mera circulación de discursos apologéticos.

En este contexto, y pese a las discrepancias doctrinales sobre los límites del tipo penal, existe una convergencia relevante: la apología del terrorismo, tal como fue configurada en el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, constituye un acto preparatorio punible. Su estructura típica no responde a la lógica de participación como forma de instigación ni a la producción de resultados, sino a la existencia de un riesgo derivado del contenido del discurso y de su exposición pública. El injusto penal radica, por tanto, en la manifestación simbólica anticipada de un peligro ideológico que justifica la intervención penal antes de que se produzca cualquier afectación concreta a bienes jurídicos.

Este diseño legal consolidó el modelo de intervención punitiva *ex ante*, en el cual el legislador prescinde de la verificación posterior del riesgo, privilegiando una política criminal de contención discursiva frente a expresiones que -por su contenido y contexto- se entienden funcionales a la persistencia del fenómeno terrorista. De este modo, la figura penal deja de ser interpretada como una forma encubierta de instigación y se asume abiertamente como una manifestación anticipada delictiva autónoma, bajo el paradigma de los actos preparatorios punibles.

En consecuencia, la apología del terrorismo prevista en el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 debe entenderse como un acto preparatorio punible de carácter abierto, en la medida en que no prepara la comisión de un delito en concreto, sino que contribuye a la persistencia de un ambiente ideológico favorable al terrorismo. A diferencia de la instigación, que se dirige a un destinatario determinado para la realización de un hecho preciso, la apología se proyecta en un plano difuso y general, reforzando un clima de

legitimación de la violencia política. Este diseño normativo se acerca a la lógica de la provocación del artículo 18 del Código penal español, en tanto se trata de una figura preparatoria “inespecífica”, que no exige la conexión causal ni la prueba de eficacia, pero que cumple la función político-criminal de anticipar la intervención penal frente a expresiones que alimentan un riesgo colectivo para la estabilidad democrática (Mir, 2011; Orts y Gonzáles, 2019).

#### **1.4.1.3. La sentencia del tribunal constitucional del exp. 10-2002-AI/TC**

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, emitida en enero de 2003, constituyó un límite interpretativo en el tratamiento jurisprudencial del delito de apología del terrorismo en el Perú. En dicha decisión, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 y del artículo 1 del Decreto Ley N.º 25880, fundamentalmente por vulnerar el principio de legalidad penal y restringir desproporcionadamente las libertades de expresión y opinión. Sin embargo, más allá del pronunciamiento resolutivo, la STC N.º 10-2002-AI/TC permite identificar cómo fue concebida -aunque de forma implícita- la apología del terrorismo en términos de estructura del injusto penal.

El Tribunal no caracterizó expresamente la apología del terrorismo como un acto preparatorio punible ni desarrolló una clasificación sistemática dentro de la teoría del delito. No obstante, a lo largo del fundamento jurídico 85 de la sentencia, sostuvo que la peligrosidad social de esta figura no radica en la provocación directa de delitos, sino en su función legitimadora del terrorismo y en la reafirmación simbólica de su estrategia. Según el TC:

*si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados (STC N.º 010-2002-AI/TC, párr. 85).*

Esta afirmación revela que, para el Tribunal Constitucional, la apología del terrorismo no debe analizarse en clave de participación criminal, sino como un tipo autónomo que opera en un plano distinto: el del refuerzo ideológico de una criminalidad política ya existente. Desde esa perspectiva, la apología no se dirige a provocar la comisión de nuevos delitos ni exige un destinatario determinado; su reprochabilidad penal se construye sobre la base de su capacidad de mantener viva la justificación simbólica de la violencia subversiva en el espacio público.

El Tribunal Constitucional tampoco asimiló esta figura a una forma de instigación indirecta. Más bien, la delimitó mediante cuatro criterios interpretativos destinados a

restringir su aplicación<sup>26</sup>. Estos elementos operan como filtros constitucionales para evitar la sanción de discursos ambiguos o protegidos, pero no introducen una exigencia de incitación, ni directa ni indirecta.

En consecuencia, aunque el Tribunal no definió formalmente la figura como un acto preparatorio punible, su fundamentación material se alinea con los elementos propios de un acto preparatorio punible. La apología del terrorismo es entendida como una manifestación pública que anticipa el riesgo de desestabilización social, sin requerir un vínculo causal con la comisión de delitos. Así, si bien el Tribunal Constitucional optó por declarar la inconstitucionalidad de la norma por razones formales -falta de precisión y sobrecriminalización-, no cuestionó la legitimidad material de penalizar este tipo de discursos en contextos de violencia política, razón por la que enfatizó en que para procesar discursos que enaltezcan o exalten la apología del terrorismo quedaba subsistente el delito de apología genérico del artículo 316-A del Código penal.

Este enfoque se aproxima, en términos funcionales, a la postura doctrinal sostenida por Bramont-Arias (1996), quien había identificado en la apología del terrorismo un tipo penal autónomo fundado en el riesgo ideológico y no en la eficacia provocadora. Asimismo, coincide parcialmente con lo planteado por Peña (1992), quien, si bien criticó los defectos técnicos de la redacción normativa, admitió la necesidad de precisar jurídicamente estas expresiones bajo ciertos estándares de proporcionalidad y taxatividad.

Por tanto, puede concluirse que la STC del expediente N.º 010-2002-AI/TC, aunque no categoriza explícitamente a la apología como acto preparatorio punible, sí la concibe como una forma de adelanto de punibilidad, aunque desvinculada de la lógica de participación, cuya peligrosidad jurídica se vincula a la difusión pública de discursos apologéticos funcionales a la legitimación del terrorismo. Esta caracterización implícita refuerza la línea de continuidad normativa (salvo en lo de forma de participación) y jurisprudencial que ubica a esta figura en el marco de los actos preparatorios punibles con estructura de peligro abstracto, lo cual será confirmado y desarrollado de forma expresa en la posterior STC N.º 370/2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC.

---

<sup>26</sup> En los propios términos utilizados por el Tribunal Constitucional:

(a) que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya cometido; (b) que, si versa sobre una persona, esta haya sido condenada mediante sentencia firme; (c) que el medio utilizado sea idóneo para alcanzar publicidad; y (d) que la expresión afecte valores democráticos como el pluralismo y la tolerancia (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 88).

#### **1.4.1.4. La Ley N.º 30610 y la incorporación del artículo 316-A**

La incorporación del artículo 316-A al Código Penal mediante la Ley N.º 30610, promulgada en 2017, representó el cierre de un ciclo legislativo que trasladó el tratamiento del delito de apología del terrorismo desde normas penales especiales hacia el marco del Código penal. Esta reforma respondió tanto a exigencias de técnica legislativa -como la derogación del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 por mandato del Tribunal Constitucional- como a una intención política de mantener vigente una herramienta penal frente a las expresiones apologéticas del terrorismo. La pregunta clave, desde la perspectiva de la teoría del delito, es si esta nueva configuración mantiene el carácter de acto preparatorio punible que ha sido identificado en las normas precedentes.

A diferencia de sus antecedentes inmediatos, el artículo 316-A presenta una estructura típica más definida, al incorporar tres verbos rectores: exaltar, enaltecer y justificar, y establece como objeto del acto apologético al delito de terrorismo (o cualquiera de sus tipos) o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe. Asimismo, se exige que la conducta se realice de manera pública y a través de medios idóneos de difusión, aunque sin requerir una finalidad provocadora ni un resultado concreto.

Desde el plano dogmático, Peña (2018) ha señalado que esta formulación representa un avance respecto de legislaciones anteriores, al delimitar de forma más clara los elementos objetivos del tipo. No obstante, también ha advertido que los verbos utilizados admiten interpretaciones amplias, lo que puede abrir espacios de indeterminación normativa. A pesar de ello, el autor considera que la tipificación responde a una función socio-pedagógica y preventiva, propia de los delitos apologéticos con fines de contención ideológica. En su lectura, la apología del terrorismo se mantiene como una figura penal autónoma, cuya punibilidad no depende de la eficacia incitadora de la expresión, sino de su potencial para generar identificación o adhesión ideológica con el ideario subversivo.

De manera similar, Pastrana (2019) ha sostenido que el artículo 316-A debe ser entendido como una forma de acto preparatorio punible con estructura simbólica, cuyo riesgo radica en la validación social del terrorismo a través del discurso. Sin embargo, a diferencia de Peña (2018), para esta autora, si bien la apología no constituye una forma de instigación en sentido técnico -por cuanto no se dirige a un sujeto determinado ni busca provocar un resultado inmediato-, sí opera como una incitación indirecta a la colectividad, cuya peligrosidad justifica la intervención penal anticipada.

En efecto, la redacción del artículo 316-A prescinde de cualquier exigencia de eficacia causal o destinatario individual, lo que refuerza su encuadre como un delito de peligro abstracto, fundado en la presunción normativa de que determinados discursos apologéticos, por su contenido y contexto, generan un riesgo inaceptable para la convivencia democrática. Esta estructura típica permite distinguirlo nítidamente de figuras como la instigación (artículo 24 del Código penal) o la conspiración para el terrorismo (artículo 6-B del Decreto Ley N.º 25475), las cuales exigen un mayor grado de determinación subjetiva y operativa.

Por tanto, y más allá del refinamiento técnico que introdujo la Ley N.º 30610, el artículo 316-A mantiene la misma lógica de anticipación punitiva que caracterizó a sus antecedentes normativos. La conducta sancionada no busca provocar directamente un delito ni colaborar con su ejecución, sino impedir que el discurso apologético -por su sola expresión pública- se convierta en un factor de normalización o glorificación del terrorismo. Este diseño normativo consolida definitivamente la apología del terrorismo como un acto preparatorio punible, autónomo, no instrumental, cuya lesividad se define en términos de peligrosidad ideológica simbólica, más que por su capacidad de incitación efectiva.

En este sentido, la apología del terrorismo prevista en el artículo 316-A del Código Penal puede ser ubicada dentro de la misma familia dogmática de los actos preparatorios punibles, mostrando ciertos puntos de conexión con la figura de la provocación. La afinidad radica en que ambas disposiciones anticipan la intervención penal a través del control del discurso público, antes de que se inicie cualquier fase de ejecución delictiva.

No obstante, la comparación debe mantenerse en un plano estrictamente estructural: mientras la provocación se orienta a incitar de manera directa la comisión de delitos, la apología del terrorismo conforme al artículo 316-A del Código penal peruano prescinde de toda finalidad incitadora y se configura como un acto preparatorio abierto o inespecífico, cuyo riesgo reside en la creación o refuerzo de un clima ideológico favorable al terrorismo. En consecuencia, más que una equivalencia funcional, lo que existe es una afinidad parcial: ambas figuras responden a la lógica de la anticipación punitiva, pero la apología peruana se desplaza hacia un modelo más abstracto y simbólico, propio de los delitos de peligro ideológico.

#### **1.4.1.5. La STC N.º 370/2022 (Exp. N.º 00005-2020-AI/TC) y la autonomía del tipo sin necesidad de incitación**

Con la emisión de la STC N.º 370/2022 del expediente 00005-2020-AI/TC, del 8 de noviembre de 2022, el Tribunal Constitucional consolidó su línea interpretativa en torno a la apología del terrorismo, declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 316-A del Código Penal, incorporado mediante la Ley N.º 30610. Esta sentencia no solo confirma la validez formal del tipo penal frente a los principios de legalidad, lesividad y libertad de expresión, sino que permite profundizar en su ubicación dogmática, al reconocer su autonomía frente a otras figuras penales y justificar su existencia dentro del modelo de intervención penal anticipada.

En efecto, el Tribunal distingue expresamente la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal de la instigación como forma de participación delictiva del artículo 24 del Código penal, señalando que la instigación busca determinar a otro a cometer un delito, mientras que la apología del terrorismo se agota en la manifestación pública de admiración, justificación o enaltecimiento del terrorismo o de sus autores. Así, afirma que: *“la apología no consiste en un acto de instigación porque no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito”* (párr. 43).

Esta diferencia, ya planteada en sede doctrinal por Bramont-Arias (1996) y Peña (2018), permite al Tribunal reafirmar la autonomía estructural del tipo penal. El artículo 316-A no exige destinatario individual, eficacia causal ni nexos con un hecho futuro. Su reprochabilidad radica en la peligrosidad objetiva que representa la difusión de discursos que legitiman el terrorismo y su estrategia violenta (párrs. 42-45). Por tanto, la exigencia de un elemento incitador, incluso indirecto, es descartada como requisito típico, lo que refuerza su configuración como un delito apologético tipificado en una lógica de anticipación legislativa frente a potenciales actos terroristas.

Además, el Tribunal ratifica que se trata de un delito de peligro abstracto, en el que no se requiere constatar daño o amenaza específica a un bien jurídico, sino que basta con la realización de la conducta en los términos previstos por la norma. Citando su propia jurisprudencia previa, sostiene: *“en los delitos de peligro abstracto, la constatación del peligro se efectúa de manera ex ante, siendo válido para el legislador establecer determinados comportamientos como penalmente reprochables sin necesidad de verificar su efectiva lesividad”* (párr. 52).

Este juicio *ex ante* de peligrosidad se justifica por el contexto histórico de violencia terrorista en el país, y por la necesidad de preservar bienes jurídicos colectivos como el

orden democrático, la tranquilidad pública y la convivencia plural. El Tribunal acoge así una lectura funcionalista del derecho penal, en la cual la apología se penaliza no por provocar delitos, sino por constituir una forma de legitimación discursiva del crimen político, con potencial de reactivación ideológica.

Este razonamiento coincide en lo esencial con la doctrina de Peña (2018), quien ha sostenido que el tipo penal cumple funciones preventivas y simbólicas, al frenar la circulación de mensajes que -aunque no operativos- contribuyen a mantener vigente el ideario violento. Empero, dicho entendimiento contrasta con la posición de Pastrana (2019) que ha caracterizado a esta figura como una forma de incitación indirecta a la colectividad, dotada de peligrosidad ideológica, lo cual justifica la intervención penal sin requerir prueba de eficacia o relación causal.

A pesar de ello, en este marco, la sentencia del Tribunal reafirma el carácter autónomo de la apología del terrorismo como acto preparatorio punible, no instrumental ni dirigido a la producción de un delito concreto, pero dotado de una estructura de riesgo abstracto. La constitucionalidad del tipo se afirma, precisamente, sobre esta base: su finalidad no es castigar opiniones, sino impedir la normalización de discursos que ponen en peligro los fundamentos del Estado democrático. Así lo señala: “la tipificación de la apología del terrorismo no vulnera el contenido esencial de las libertades comunicativas, en tanto protege bienes jurídicos relevantes como la seguridad pública y la vigencia del orden democrático” (párr. 56).

En consecuencia, puede afirmarse que la STC N.º 370/2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC representa la consolidación jurisprudencial del modelo de intervención penal *ex ante* frente al discurso apologético del terrorismo. Al desestimar la necesidad de incitación (directa e indirecta), reconoce el carácter autónomo del tipo y justifica la anticipación punitiva en razones de peligrosidad simbólica, el Tribunal se alinea con la caracterización de la apología como una forma de acto preparatorio punible, cuyas peculiaridades la diferencian tanto de la participación criminal como de los delitos de mera expresión ideológica.

En este marco, la STC N.º 370/2022 del exp. N.º 00005-2020-AI/TC, del 8 de noviembre de 2022, respalda en buena medida la lectura dogmática que ubica la apología del terrorismo como una figura autónoma y no como una modalidad de participación delictiva. En efecto, al distinguirla expresamente de la instigación, el Tribunal Constitucional enfatiza que la apología “no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito” (párr. 43), con lo cual descarta la exigencia de finalidad incitadora,

incluso indirecta. Asimismo, al reafirmar su carácter de delito de peligro abstracto (párr. 52), reconoce que basta la realización pública de la conducta descrita en la norma para que se configure el injusto, sin necesidad de acreditar un nexo causal ni un destinatario individual.

Si bien el Tribunal no emplea expresamente la categoría dogmática de acto preparatorio punible, su razonamiento se alinea con dicha caracterización en la medida en que legitima la anticipación punitiva por razones de peligrosidad simbólica, fundada en la potencialidad de los discursos apologéticos de normalizar o legitimar la violencia terrorista. La diferencia radica en el enfoque: mientras que el Tribunal justifica la constitucionalidad del tipo penal desde una lógica político-criminal de prevención, corresponde -desde un enfoque dogmático- precisar su ubicación en la teoría del delito como un acto preparatorio autónomo, abierto e inespecífico, que se diferencia nítidamente de las formas de participación criminal y refuerza el carácter excepcional de la intervención penal en esta materia.

#### **1.4.1.6. La apología del terrorismo como acto preparatorio punible en el sistema penal peruano**

A la luz del recorrido normativo y jurisprudencial revisado -desde el Decreto Ley N.º 46 de 1981 hasta la actual redacción del artículo 316-A del Código Penal y su validación en la STC N.º 370/2022 del exp. N.º 00005-2020-PI/TC-, puede sostenerse con claridad que la apología del terrorismo ha sido concebida de manera constante en el ordenamiento penal peruano como una forma de intervención delictiva anticipada, desvinculada tanto de la categoría de instigación como de los delitos de mera opinión. La figura se ubica en el marco de los actos preparatorios punibles, en los que el injusto se configura no por la producción de un resultado, sino por la creación de un riesgo simbólico que justifica la intervención penal temprana.

Este patrón es visible desde el Decreto Ley N.º 46 de 1981, en el que, a pesar de las objeciones de Villavicencio (1983) -quien consideró innecesaria su tipificación por entenderla subsumible en la instigación pública-, otros autores como Peña (1992) y Bramont-Arias (1996) ya identificaban su carácter autónomo como manifestación de peligrosidad ideológica. Esta línea se consolidó en el Decreto Ley N.º 25475 de 1992, donde, pese a la ausencia de un elemento incitador en la redacción típica, Peña (1992), Bramont-Arias (1996) y Prado (1994), así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC N.º 10-200-AI/TC), asumieron a la apología del terrorismo como

una conducta punible por su aptitud para reforzar el discurso violento en contextos de alta conflictividad.

La STC del exp. N.º 010-2002-AI/TC, del 31 de marzo de 2003, en especial, reforzó esta perspectiva, al identificar en la apología una manifestación que “acentúa las consecuencias del terrorismo” sin que sea necesario que incite a cometer nuevos delitos (párr. 85). Aunque la norma fue declarada inconstitucional por razones de técnica legislativa, el Tribunal no cuestionó la validez de penalizar este tipo de expresiones cuando afectan el orden democrático o la convivencia plural. Esta lógica se tradujo normativamente en el artículo 316-A del Código Penal, cuyo diseño tipológico -basado en verbos como “enaltecer”, “exaltar” y “justificar”- mantiene una estructura autónoma, sin requerimientos de causalidad ni eficacia.

Finalmente, la STC N.º 370/2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC, del 8 de noviembre de 2022, confirmó esta tendencia. El Tribunal reconoció expresamente que la apología del terrorismo no constituye una forma de instigación, ni directa ni indirecta, y avaló su configuración como delito de peligro abstracto, cuya peligrosidad se presume *ex ante* y se justifica en la necesidad de preservar el orden democrático frente a discursos que legitiman la violencia política. Esta sentencia ratificó que la apología del terrorismo opera como una forma especial de prevención penal simbólica, centrada en el contenido del mensaje, la publicidad del acto y el contexto ideológico en el que se produce.

En síntesis, al margen de las divergencias doctrinales respecto a la necesidad de exigir un elemento incitador, existe una convergencia sostenida en entender la apología del terrorismo como un acto preparatorio punible.

#### **1.4.2. Delimitación dogmática de los actos preparatorios punibles en el derecho penal peruano**

Una vez establecida la evolución normativa y jurisprudencial del delito de apología del terrorismo en el Perú, resulta necesario precisar qué debe entenderse dogmáticamente por actos preparatorios punibles en nuestro ordenamiento. Esta clarificación permitirá ubicar con mayor rigor la actual tipificación de la apología del terrorismo del artículo 316 del Código penal dentro de la teoría del delito y, especialmente, justificar su tratamiento como una forma anticipada de intervención penal.

De esta manera, los actos preparatorios constituyen, en términos generales, conductas que anteceden al inicio de la ejecución típica del delito, y que están orientadas a facilitar

o hacer posible su realización futura. Se sitúan, por tanto, en una etapa anterior a la tentativa y se caracterizan por tener un menor contenido lesivo, equívoco o incierto, razón por la cual la regla general en el derecho penal peruano -como en otros sistemas penales como el español o alemán- es su impunidad (Hurtado, 2006). Sin embargo, cuando el legislador decide tipificarlos de manera autónoma, se convierten en actos preparatorios punibles, lo cual constituye una excepción a esa regla basada en razones de política criminal y en la especial gravedad del bien jurídico protegido (Bramont-Arias, 2002; Hurtado, 2006, García, 2013).

En este sentido, Bramont-Arias (2002) señala que los actos preparatorios se ubican entre el mero pensamiento delictivo y el comienzo de la ejecución del delito. Su relevancia penal depende de si la ley les otorga reconocimiento típico autónomo, como sucede con figuras previstas expresamente en el Código Penal (por ejemplo, la tenencia de explosivos en el artículo 279). Aunque carecen de una inmediatez lesiva como la tentativa, pueden representar una amenaza seria cuando crean las condiciones materiales o simbólicas necesarias para la comisión de delitos de especial peligrosidad social.

De forma convergente, Hurtado (2006) enfatiza que se trata de una calificación normativa, dependiente del tipo penal y del plan de acción del autor, que no puede ser deducida exclusivamente a partir de criterios objetivos. En su opinión, la represión de actos preparatorios solo se justifica cuando estos representan una amenaza abierta a la vigencia de la norma, como sucede con los delitos de terrorismo o contra la seguridad nacional. Su punición responde a la lógica del llamado “derecho penal de la puesta en peligro”, orientado a intervenir anticipadamente frente a riesgos relevantes (p. 799).

Villavicencio (2006), por su parte, sostiene que no existen actos preparatorios o ejecutivos en abstracto, sino que es el legislador quien, por razones político-criminales, decide el punto de inicio de la protección penal del bien jurídico. En algunos casos, lo hace extendiendo el tipo penal hasta alcanzar la fase de preparación (como en el caso del artículo 279 CP sobre a tenencia de explosivos), y en otros, crea figuras autónomas específicas, como el delito de apología del terrorismo (artículo 316-A CP) o la conspiración para la rebelión (artículo 349 CP). En cualquiera de estas hipótesis, se reconoce que los actos preparatorios punibles operan como una forma anticipada de protección penal frente a delitos de alta lesividad colectiva.

Finalmente, García (2013) coincide en que la impunidad general de los actos preparatorios responde al principio de mínima intervención, pero admite que el legislador

puede castigar ciertos actos que, aunque equívocos o simbólicamente expresivos, representan un riesgo grave para la vigencia de bienes jurídicos fundamentales. Esta punición anticipada, sin embargo, debe respetar estrictamente el principio de legalidad, ya que se mueve en los márgenes de lo constitucionalmente permitido.

A partir de estos aportes doctrinales, puede concluirse que, en el derecho penal peruano, los actos preparatorios punibles son aquellas conductas que, aun sin iniciar la ejecución típica del delito, son sancionadas de forma autónoma por el legislador debido a la especial peligrosidad de su contenido o contexto. Esta categoría se aplica especialmente en delitos cuya prevención exige una intervención temprana, como el terrorismo, la traición a la patria o el tráfico de drogas.

En ese marco, los hallazgos realizados en el análisis normativo y jurisprudencial de la apología del terrorismo, en especial de su actual tipificación del artículo 316-A del Código penal -introducido por medio de la Ley N.º 30610 del 3 de noviembre de 2017-, permiten afirmar que esta figura encaja plenamente dentro del concepto de acto preparatorio punible, pues su reprochabilidad penal no depende de la producción de un daño concreto ni de la eficacia de la conducta para incitar a un tercero, sino de su capacidad objetiva para legitimar ideológicamente al terrorismo y poner en riesgo los valores democráticos y el orden constitucional.

La apología no es, por tanto, una forma de instigación, conforme a lo establecido en la redacción típica del artículo 24 del Código penal, sino una manifestación anticipada de riesgo que ha sido excepcionalmente penalizada por decisión expresa del legislador, en atención a su especial peligrosidad simbólica. En ese sentido, según sostienen autores como Luzón (2025) y Mir (2011), los actos preparatorios punibles suponen una segunda extensión de la tipicidad más allá de la primera que consiste en la tentativa. Por consiguiente, al seguir la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal una lógica de acto preparatorio punible, su punición se halla anclada a la extensión de la tipicidad como forma anticipada de participación delictiva al ser un acto preparatorio pluripersonal (Luzón, 2025).

### 1.4.3. El elemento incitador en la apología del terrorismo y su vinculación como forma de provocación

El tratamiento de la apología del terrorismo en la legislación penal peruana, en sus distintas fases normativas, ha evidenciado su configuración como un acto preparatorio punible autónomo<sup>27</sup>, cuya reprochabilidad no depende de la ejecución o tentativa de un delito posterior, sino de la peligrosidad objetiva del discurso apologético. No obstante, dentro de su caracterización como acto preparatorio punible, ha subsistido un debate persistente -tanto en la doctrina como en la jurisprudencia- acerca de si su configuración típica exige o no la presencia de un elemento incitador que potencie el riesgo comunicativo de la conducta.

Este debate ha atravesado toda la evolución típica de la figura. Así, frente a la literalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, del 3 de marzo de 1981, algunos autores - como Hurtado (1994) y Pasara (1993)- sostuvieron que su aplicación debía estar condicionada a la verificación de un contenido incitador, aunque fuera indirecto, que justificara su inclusión como delito de peligro. En una línea similar, Peña (2017), comentando la actual tipificación de la apología del terrorismo en el artículo 316-A del Código penal, ha afirmado que la apología solo será constitucionalmente legítima cuando “por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer el delito” (p. 490). Estas posturas se oponen a otras, como las de Bramont-Arias (1996) y Prado (1994), quienes, haciendo alusión a la tipificación de la apología del terrorismo del artículo 7 del Decreto ley N.º 25475, defienden la autonomía de la apología del terrorismo *per se*, para justificar su punibilidad, sin necesidad de probar una capacidad incitadora.

Desde esta divergencia doctrinal, entre la necesidad o no del elemento incitador para configurar el delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal, puede formularse una pregunta relevante para la dogmática penal: cuál es la figura dogmáticamente más adecuada para conceptualizar su estructura. En el derecho penal peruano, la categoría general de actos preparatorios punibles carece de un desarrollo sistemático en la parte general del Código Penal, y la figura de la provocación no cuenta con una tipificación autónoma.

---

<sup>27</sup> Tanto en su tipificación del artículo 7 del Decreto ley N.º 046 del 03 de marzo de 1981, como en su tipificación del artículo 7 del Decreto ley N.º 25475 del 06 de mayo de 1992, así como en su tipificación actual del artículo 316-A del Código penal, incorporado el 03 de noviembre de 2017.

Más allá de lo indicado, el debate nacional en torno a la necesidad de un elemento incitador en el delito de apología del terrorismo (en los distintos momentos en que ha sido tipificada) revela también una tensión de fondo: en aquellos casos donde el discurso apologético despliega una intención o aptitud incitadora, sin dirigirse a un destinatario individualizado ni requerir ejecución posterior, la conducta se aproxima a una incitación pública y generalizada previa al delito. Es decir, se acerca funcionalmente a lo que en otros ordenamientos se ha reconocido como provocación punible, entendida como acto preparatorio cuyo núcleo de injusto es un acto comunicativo que anticipa la intervención penal con base en la peligrosidad del mensaje (Luzón, 2025; Mir, 2011; Orts y Gonzáles, 2015; Moreno-Torres et al., 2015).

En la medida en que el derecho penal peruano no ha desarrollado dogmáticamente una teoría general de la provocación como acto preparatorio, resulta ilustrativo observar cómo esta categoría dogmática ha sido abordada en otros ordenamientos jurídicos de tradición similar. Al respecto, y antes de acudir al análisis comparado de la provocación en el derecho penal español, es necesario destacar que, debido a que no se ha tipificado en la parte general del código a la provocación como acto preparatorio punible, esta no cuenta con una definición en particular en la dogmática peruana. No obstante, al ser entendida como un acto preparatorio punible, lo desarrollado al respecto es posible de ser extendido para su comprensión.

En este sentido, resulta pertinente acudir al derecho penal español, donde la provocación ha sido tipificada expresamente como acto preparatorio en el artículo 18 del Código Penal, publicado por medio de la Ley Orgánica N.º 10/1995, del 24 de noviembre de 1995, y se ha delimitado con claridad su alcance en relación con la apología. Este marco normativo y doctrinal comparado ofrece una base útil para interpretar con mayor rigor el artículo 316-A del Código Penal peruano y para distinguir con criterios garantistas entre riesgos discursivos legítimos y comunicaciones incitadoras penalmente relevantes.

En efecto, el artículo 18.1 del Código Penal español, establece que la provocación se configura cuando se incita públicamente, por medios directos y eficaces, a la comisión de delitos graves (Mir, 2011; Orts & González, 2015). A su vez, el artículo 18.2 del mismo código señala que la apología solo será punible cuando “por su naturaleza y circunstancias constituya una provocación directa”. Con ello, el legislador español excluye expresamente la punición de expresiones simbólicas o ideológicas que no posean un contenido incitador claro (Moreno-Torres et al., 2015), estableciendo así un estándar dogmático que permite diferenciar las manifestaciones de peligro ideológico

de las incitaciones propiamente delictivas. Autores como Orts y González (2015), Moreno-Torres et al (2015), Mir (2011) y Muñoz y García (2010) han delimitado esta figura diferenciándola de otras formas de actos preparatorios.

A diferencia de la conspiración, que requiere acuerdo y resolución ejecutiva entre dos o más personas (CP español, art. 17.1), y de la proposición, que supone una invitación directa a una persona determinada, la provocación se caracteriza por su naturaleza comunicativa, pública y no personalizada. Su eficacia se mide por la idoneidad del mensaje para incitar colectivamente a la comisión del delito, sin necesidad de que exista una respuesta ni un vínculo entre emisor y receptor (Mir, 2011; Orts & González, 2015).

Desde esta perspectiva, puede observarse que las posturas doctrinales peruanas como Hurtado (1994), Pasara (1997) y Peña (2018) que exigen la presencia de un elemento incitador en la apología del terrorismo describen, en realidad, una estructura funcional equivalente a la provocación punible del modelo español. Se trata de una incitación pública, directa o indirecta, emitida por medios idóneos, orientada a legitimar o promover la comisión de delitos graves en este caso, actos de terrorismo. Así, aunque el ordenamiento peruano no sistematiza autónomamente la provocación como categoría de la parte general del Código Penal, sí permite identificarla materialmente en ciertos tipos penales específicos, como el de apología de terrorismo previsto en el artículo 316-A del Código Penal.

Este reconocimiento tiene importantes implicancias dogmáticas. En primer lugar, permite ubicar con mayor claridad al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano dentro del esquema general de actos preparatorios punibles, dotándolo de una estructura normativa sistematizada. En segundo lugar, otorga un criterio de interpretación restrictiva que permite diferenciar entre discursos incitadores penalmente reprochables y expresiones ideológicas protegidas por la libertad de expresión, en línea con lo exigido por el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

Como ha señalado García (2013, p. 736), la punición de actos preparatorios solo es legítima cuando estos constituyen una grave afectación a la vigencia de la norma penal. En esa lógica, identificar la apología como una forma de provocación comunicativa anticipada permite evitar interpretaciones expansivas del tipo y orientar su aplicación a los supuestos verdaderamente lesivos, conforme a estándares de un derecho penal de acto.

Esta aproximación funcional de la apología del terrorismo como provocación pública punible encuentra un interesante punto de contraste en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional. En la STC N.º 370/2022 (Exp. N.º 00005-2020-AI/TC), el Tribunal reafirma que el artículo 316-A del Código Penal no requiere la presencia de un elemento incitador directo para ser constitucionalmente válido, al sostener que “la apología no consiste en un acto de instigación porque no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito” (párr. 43). Sin embargo, al mismo tiempo, reconoce que el discurso apologético adquiere relevancia penal únicamente cuando genera un riesgo relevante para los valores democráticos y la seguridad colectiva (párrs. 36 y 51), lo cual, en términos dogmáticos, equivale a reconocer su condición de acto preparatorio que anticipa la intervención penal sobre la base de su peligrosidad objetiva.

Este contraste teórico en la interpretación constitucional de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal confirma la necesidad de contar con una categoría dogmática más depurada -como la de provocación pública- que permita delimitar con mayor rigor cuándo una expresión alcanza el umbral de punibilidad sin comprometer de manera desproporcionada la libertad de expresión. En ese sentido, la doctrina comparada no solo complementa el vacío normativo nacional sobre la naturaleza de los actos preparatorios punibles, sino que proporciona criterios interpretativos útiles para armonizar el tipo penal con los principios de taxatividad, lesividad y mínima intervención.

En consecuencia, el artículo 316-A del Código penal peruano puede ser interpretado, desde una lectura sistemática, como una figura que reproduce funcionalmente los elementos estructurales de la provocación pública punible, en tanto sanciona expresiones anticipadas de incitación colectiva dirigidas a legitimar, promover o normalizar la violencia terrorista.

Esta caracterización no implica forzar su calificación como provocación delictiva, ni desconoce su autonomía como acto preparatorio, sino que ofrece una vía dogmática más precisa para delimitar su estructura, su justificación político-criminal y sus límites constitucionales. De este modo, se evita una interpretación extensiva que comprometa la libertad de expresión y se ubica la apología del terrorismo en el lugar que le corresponde dentro de un derecho penal de acto orientado por el principio de lesividad y la intervención mínima. Interpretado en estos términos, el tipo penal puede cumplir una función preventiva legítima sin erosionar el núcleo de los derechos fundamentales.

#### 1.4.2. Aporte del IV Pleno Jurisdiccional Penal al encuadre dogmático del artículo 316-A del Código Penal

El IV Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, realizado el 13 de diciembre de 2024 en Lima, reunió a magistrados de los Juzgados Penales Colegiados Nacionales, los Juzgados de Investigación Preparatoria Supraprovinciales y las Salas Penales de Apelaciones Nacionales, órganos con competencia especializada en delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Durante el evento, se debatió la aplicación e interpretación del delito de apología del terrorismo regulado en el artículo 316-A del Código Penal, prestando particular atención a los supuestos cometidos a través de tecnologías de la información y comunicación como circunstancia agravante de segundo nivel.

Uno de los aspectos centrales abordados fue la delimitación del acto típico en esta modalidad agravada. Los magistrados participantes señalaron que no basta con la mera difusión o compartición de contenidos apologéticos generados por terceros, sino que debe verificarse una acción activa de enaltecimiento, justificación o legitimación de actos terroristas atribuible al sujeto activo. Asimismo, se destacó la necesidad de que el mensaje apologético se proyecte mediante un medio idóneo para garantizar su publicidad, constituyendo así un acto expresivo susceptible de generar un riesgo para la tranquilidad pública.

El Pleno también precisó que el tipo penal se encuentra restringido a expresiones que recaen sobre hechos delictivos por los cuales el enaltecido haya sido condenado, no siendo suficiente que la manifestación refiera de forma genérica a personas vinculadas al terrorismo sin conexión con actos criminales específicos. Esta interpretación busca evitar que el tipo penal se aplique a manifestaciones ideológicas, afectivas o culturales desvinculadas de una exaltación delictiva propiamente dicha.

Otro elemento destacado por el Pleno fue la necesidad de que el mensaje apologético posea capacidad incitadora. En este sentido, se afirmó de manera expresa que:

El acto apologético [...] tiene como fin propiciar una situación de riesgo con potencialidad suficiente para poner en peligro el bien jurídico, la paz pública, **constituyendo este acto apologético una incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.**

Esta afirmación pone en relieve la dimensión funcional del mensaje como acto comunicativo con capacidad de influencia, aspecto que fue abordado también en relación con el contenido, el medio utilizado, la audiencia y el contexto en el que se emite

la expresión. El Pleno enfatizó la importancia de realizar un análisis que considere estas variables antes de atribuir tipicidad penal al acto.

Finalmente, el debate reafirmó que, aunque se trata de un delito de peligro abstracto, la aplicación del artículo 316-A exige una valoración *ex ante* del riesgo comunicativo generado por el mensaje, con miras a identificar si afecta efectivamente bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, como la tranquilidad pública o los valores democráticos. En coherencia con lo resuelto previamente por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 010-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, se recordó que este tipo penal solo se activa cuando la expresión apologética compromete principios fundamentales del sistema democrático, como el pluralismo, la tolerancia y la búsqueda de consenso.

En conclusión, a la luz del desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial expuesto, puede afirmarse que en el derecho penal peruano la apología del terrorismo se configura como un acto preparatorio punible autónomo, reconocido de manera expresa por el legislador desde el Decreto Ley N.º 46 y reafirmado en el artículo 316-A del Código Penal. Su ubicación dogmática no corresponde a la participación delictiva, pues —tal como lo han señalado el Tribunal Constitucional (STC Exp. N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 43) y autores como Bramont-Arias (1996) y Peña (2018)— carece del elemento esencial de la instigación: determinar a otro a delinquir. Por el contrario, se trata de una figura que opera en la fase previa a la tentativa, en el terreno excepcional de los actos preparatorios punibles, cuya justificación descansa en la especial peligrosidad del fenómeno terrorista y en la función preventiva-simbólica atribuida al discurso apologético.

Si bien algunos autores (como Pastrana, 2019) han caracterizado a la apología como una forma de incitación indirecta a la colectividad, tanto la jurisprudencia constitucional como la mayoría de la doctrina coinciden en descartar la exigencia de un elemento instigador —directo o indirecto— como condición típica. En este sentido, la figura se aproxima más al modelo de la provocación previsto en el artículo 18 del Código Penal español, en cuanto comparte su lógica de punición anticipada y autónoma, aunque con la particularidad de que en el caso peruano no se exige la concurrencia de una finalidad incitadora. Por ello, la apología del terrorismo debe entenderse, en nuestro ordenamiento, como un acto preparatorio punible abierto e inespecífico, de naturaleza no participativa, cuya peligrosidad radica en la legitimación ideológica del terrorismo y en su capacidad simbólica de poner en riesgo la vigencia del orden democrático.

## 1.5. Contenido, evolución y extensión de la libertad de expresión

La libertad de expresión ha tenido a lo largo de la historia -tanto en el ámbito anglosajón como euro-continental- dos caminos distintos en cuanto a su tratamiento jurídico. El primero de ellos queda determinado por la vía estadounidense, en donde, a partir de su primera enmienda, el ejercicio de la libertad de expresión no encuentra límites a menos que el contenido del discurso tenga la capacidad de generar actos de violencia de manera directa e inmediata, ello según lo desarrollado en la sentencia *Brandenburg vs. Ohio* (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 1969, p. 3).

Por su parte, el contenido de la libertad de expresión en el ámbito euro-continental, ha sido determinado por distintos factores histórico-sociales en donde destaca especialmente el holocausto judío en Alemania durante la Segunda Guerra Mundial. De ahí que, se hayan establecido muchos más límites a su ejercicio, en especial los relacionados a la censura previa y al abuso del derecho (Berdugo, 2025). En ese entendido, para determinar si se está o no ante un ejercicio que queda fuera de los alcances de la libertad de expresión o si por el contrario se trata de un conflicto con otros derechos fundamentales, lo que se requiere es hacer un análisis de ponderación respecto a los derechos que colisionan además de analizar la importancia del contenido para la opinión pública (Berdugo, 2025)

Teniendo en cuenta esto último, en las subsiguientes páginas se desarrollará el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión en función a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho; luego de ello, se hará alusión a las obligaciones que desde la legislación de cada país garantizan su ejercicio; finalmente, se desarrollará lo concerniente a los límites que se le pueden imponer a la libertad de expresión y en particular su relación respecto al delito de apología al terrorismo tal como se encuentra tipificado en el artículo 316-A del Código Penal.

### 1.5.1. La libertad de expresión como derecho fundamental

Con la adopción del término derechos fundamentales se hace alusión a un conjunto de derechos sin los cuales no sería posible el desarrollo humano tanto individual como colectivo. Ello debido a que mediante estos se garantiza el cumplimiento de las exigencias de igualdad, libertad y dignidad humanas (Pérez, 1995). La libertad de expresión al quedar comprendida como derecho fundamental requiere de determinadas exigencias para concretar su respeto y eficacia, tales como:

- i) Su reconocimiento en los textos constitucionales; ii) Su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos; iii) El cumplimiento de

determinadas obligaciones específicas por parte del Estado a su favor; iv) Su protección judicial rápida y efectiva a través de los procesos constitucionales (Huerta, 2012, p. 50).

El primer requisito, orientado al reconocimiento en los textos constitucionales del derecho fundamental que se trate, queda determinado por la necesidad de positivizar por medio de preceptos emanados en virtud de la validez que cada ordenamiento jurídico establezca (Pérez, 1995). Según Peces-Barba (1995), la realización de un mero valor ético en un derecho fundamental se constituye por medio de la positivización; de este modo, los derechos fundamentales “solo tienen sentido como moralidad crítica si pretenden ser derecho positivo, y si tienen una posibilidad, aunque sea remota, de serlo alguna vez” (p. 160).

Este reconocimiento a nivel constitucional involucra también al análisis de su ejercicio pues debe tener como punto de partida el reconocimiento de otros derechos fundamentales protegidos en igual medida frente a los cuales puede colisionar, razón por la cual, resulta necesaria una armonización (Pérez, 1995). Otra ventaja del reconocimiento constitucional es que frente a una norma que lo restrinja ilegítimamente cabe una acción de inconstitucionalidad para que sea reformada o incluso expulsada del ordenamiento jurídico (Caro, 2001).

A pesar de ello, el reconocimiento constitucional que se otorgue quedará delimitado por la extensión de los enunciados lingüísticos que lo conformen. En tal sentido, para la determinación del contenido, alcances y límites de la libertad de expresión como derecho fundamental se requiere de una labor ulterior por parte del intérprete constitucional (Pérez, 1995); empero, tal interpretación deberá encausarse dentro de criterios específicos de interpretación constitucional desarrollados principalmente desde la segunda mitad del s. XX (Peces-Barba, 1995). De ahí que, los criterios clásicos de interpretación jurídica resulten insuficientes en la concreción de la función interpretativa de la libertad de expresión como derecho fundamental (Caro, 2001).

Desde las primeras normas declarativas, la libertad de expresión ha sido reconocida en diversas fuentes de derecho. Este reconocimiento es importante desde una perspectiva de protección, interpretativa y de contenido, pues importa exigencias para el Estado al momento de constituir su legislación interna y al momento de resolver conflictos en los que se vea involucrada la libertad de expresión (Huerta, 2012). Tras el advenimiento del proceso de internacionalización de los derechos fundamentales que se produjo a causa de la Segunda Guerra Mundial se acrecentó el compromiso de los Estados en favor de la protección y vigencia de estos derechos (Peces-Barba, 1995)

Asimismo, la libertad de expresión al estar contenida en tratados internacionales supone que cada Estado parte cumpla con estándares mínimos en cuanto a la vigencia del derecho fundamental y en cuyo defecto serán pasibles de responsabilidad internacional (Castillo, 2007). En igual sentido, los alcances y contenido del marco jurídico internacional declarativo y convencional, así como la jurisprudencia de Tribunales Internacionales deberá ser observada por los operadores jurisdiccionales al momento de interpretar a los límites a la libertad de expresión (Caro, 2001).

La libertad de expresión constituye, desde el ámbito convencional, un derecho relacional que sirve para garantizar el ejercicio de otros derechos. En ese sentido, posee una doble fundamentación, desde un sentido humanista y desde un orden democrático-político. El primer instrumento internacional que protege este derecho es la declaración universal de Derechos Humanos de 1948, concretamente en su artículo 19 el cual establece que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también le otorga contenido a este derecho en sus artículos 19 y 20, reconociendo la posibilidad de incorporar restricciones a su ejercicio las cuales deben ser señaladas por ley. Así, el artículo 19 del pacto mencionado señala:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
  - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
  - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

A su vez, el artículo 20 del mismo cuerpo normativo internacional, ya incorpora límites a la libertad de expresión en función a un discurso de odio. De este modo, refiere que:

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

Además de los dos instrumentos internacionales mencionados, existen otros tratados internacionales regionales del continente americano que también son de obligatorio cumplimiento para el Perú. El primero de ellos es la declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948. La Convención Americana de los Derechos

Humanos de 1969, también desarrolla este derecho en su artículo 13 en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

El tratado citado, también conocido como el Pacto de San José de Costa Rica recoge el Derecho a la libertad de expresión de manera completa, pues se prohíbe la censura previa y la aplicación de límite depende de determinados requisitos, los cuales deben ser definidos por ley, además de ser necesarios para asegurar otros derechos, la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. Empero, la limitación que se aplique será siempre posterior a la emisión de la expresión.

De acuerdo con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales celebrados por el Estado y que se encuentran en vigor forman parte del derecho nacional (art. 55). Esto implica que, una vez ratificados conforme al procedimiento previsto en los artículos 56 y 57, se incorporan automáticamente al ordenamiento jurídico interno sin necesidad de una norma de recepción adicional.

El Tribunal Constitucional ha precisado que esta integración admite una distinción en cuanto a su jerarquía: mientras los tratados internacionales sobre derechos humanos se ubican dentro del denominado bloque de constitucionalidad, alcanzando rango constitucional en tanto complementan y concretizan las disposiciones de la Carta Magna (STC Exp. N.º 00025-2005-PI/TC, 18 de marzo de 2005; STC Exp. N.º 00002-2001-AI/TC, 3 de enero de 2003), los demás tratados poseen un rango supralegal e infraconstitucional, situándose por encima de la legislación ordinaria, pero subordinados a la Constitución (STC Exp. N.º 00014-2002-AI/TC, 3 de octubre de 2002).

En consecuencia, el ordenamiento peruano reconoce un modelo de integración automática de los tratados, que asegura su plena eficacia interna y, a la vez, establece un estándar reforzado de protección cuando se trata de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

### **1.5.2. Obligaciones estatales frente a la libertad de expresión**

El Estado Peruano en cuestiones concernientes a derechos fundamentales tiene dos obligaciones específicas también exigibles frente a la libertad de expresión. Estas obligaciones, al igual que con cualquier otro derecho, son de respeto y garantía (Beltrán, 2008). La primera implica que el Estado debe abstenerse de acciones que sean contrarias a la libertad de expresión, mientras que la segunda supone el despliegue estatal en pro de que los individuos puedan gozar de este derecho (Caro, 2001); del mismo modo, el Estado debe ejecutar acciones de prevención, persecución, sanción y reparación de cualquier conducta que afecte a la libertad de expresión (Huerta, 2012).

Dado que la libertad de expresión comprende la divulgación, recepción y búsqueda de todo tipo de ideas e informaciones (Medina, 1996). Sobre este tópico, el derecho a la libertad de expresión, desde el advenimiento del Estado social, comprende una doble dimensión, tanto individual como colectiva, la cual garantiza la convivencia pacífica en el seno de una sociedad democrática, pues constituye piedra angular para el desarrollo humano poder expresarse e informar libremente, así como poder recepcionar tales informaciones e ideas para formar su propio criterio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

Dado así el contexto, constituye una obligación estatal del Estado peruano de no imponer límites a la libertad de expresión así entendida, en especial por su valor fundamental de todo Estado social y democrático de derecho. De ahí que, la vulneración a dicha obligación puede presentarse de distintas maneras, por ejemplo, mediante una ley que restrinja ilegítimamente su ejercicio o mediante una sentencia judicial que le dé un alcance restrictivo (Beltrán, 2008). Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985) a raíz de un análisis del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud de una opinión consultiva solicitada por el gobierno de Costa Rica ha señalado que:

53. Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o a su restricción más allá de lo legítimamente permitido.

54. La supresión radical de la libertad de expresión tiene lugar cuando por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de

publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.

55. La supresión de la libertad de expresión, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del art. 13 de la Convención Americana, no es la única hipótesis en que dicho artículo puede no ser respetado. También resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medio distintos de los autorizados por la Convención.

56. En los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, p. 16).

De lo expuesto, se puede concluir que son distintos los modos en cómo el Estado puede limitar el ejercicio de la libertad de expresión, con lo cual, determinar su vulneración puede tornarse complejo. Frente a ello, la Corte IDH, a raíz del caso Baruch Ivcher sostuvo que:

Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del acto en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que estos se presentaron (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001, p. 61).

Con lo dicho, cabe aseverar que constituye una obligación de todas las entidades estatales encuadrar su comportamiento dentro de los límites que la vigencia del derecho a la libertad de expresión exige (Castillo, 2007). Absteniéndose para ello de prácticas que restrinjan de manera ilegítima su ejercicio, ello como parte de su obligación contenida en la Constitución y demás tratados internacionales referidos a la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental (Caro, 2001).

Por su parte, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de la libertad de expresión importa que no existan diferencias injustificadas y que todos los ciudadanos puedan ejercerlo sin ninguna discriminación. Así, esta obligación requiere que los Estados parte organicen su sistema gubernamental y demás estructura legislativa de manera que se respete y garantice el ejercicio de derechos humanos (Corte IDH, 1988). En ese sentido, esta obligación demanda una estructura estatal adecuada para que todos los ciudadanos tengan un acceso equitativo en el ejercicio de la libertad de expresión (Faúndez, 2004).

Ahora bien, el cumplimiento de esta obligación no se agota solo con adoptar una legislación orientada a la protección de la libertad de expresión, sino que esta debe ser

efectiva, por lo cual se requiere una labor ulterior que efectivice las normas positivizadas (Huerta, 2012). Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que la posibilidad de viabilizar la libertad de expresión “comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (1988. p. 35).

En lo referido a las obligaciones de investigación, sanción, prevención y reparación del Estado frente a las violaciones a la libertad de expresión, estas se encuentran ya comprendidas por la obligación de garantizar derechos humanos. Ello según la propia Corte IDH (1988, p. 35) cuando expone que los Estados “deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos”.

La obligación de perseguir y sancionar actos que vulneren la libertad de expresión constituye un punto esencial para su vigencia pues importa la necesidad de un acto comunicativo frente a conductas de amedrentamiento que limitan su ejercicio. No obstante, como apunta Huerta (2012), en algunos países latinoamericanos se ha tornado en una constante la desaparición, secuestro o amedrentamiento hacia periodistas que ven limitado su trabajo y que puede llegar a vulnerar incluso su vida. En consecuencia, la obligación aquí tratada también se halla tendiente a disminuir el sentimiento de impunidad frente a prácticas hostiles (Comisión Andina de Juristas, 2005).

### **1.5.3. Fundamentos y límites a la libertad de expresión**

Cuando se alude al término límites con relación a un derecho fundamental, en realidad de lo que se trata es de una contracción de los componentes jurídicos que integran el contenido del derecho en concreto (Aba, 2001). Para considerar si una norma que limita la conducta humana restringe también el ejercicio de un derecho es necesario delimitar su contenido en sede constitucional para de allí identificar si se produjo o no una restricción en su ámbito de ejercicio (López, 2000).

Sobre ello, en el legislador recae un doble desarrollo en función de cada derecho fundamental, centrándose en dos sentidos: la intervención y la configuración. En el primer caso, adquiere relevancia la modificación causal o normativa que va acorde con la Constitución a pesar de que se limita su ejercicio. En el segundo caso, la configuración “significa la determinación del contenido o la fijación de la forma de ejercicio y de las garantías procesales de un derecho” (Gavara de Cara, 1994, p. 158). Esta intervención

importa un desmedro en los derechos fundamentales por cuanto se adopta leyes que restringen su objeto protegido.

El punto de partida para admitir límites en el ejercicio de la libertad de expresión es la consideración de que ningún derecho es absoluto y por ende son pasibles de restricciones (Fernández, 1994). Ello se sustenta sobre la base de que con el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos se reconocieron derechos que son igual de importantes para una sociedad democrática como lo es la libertad de expresión, razón por la que, frente a la vigencia de estos es posible limitar el ejercicio de la libertad de expresión (Bidart, 1991).

Con lo dicho, se acredita que resulta plenamente legítimo establecer límites para la extensión de los derechos fundamentales, razón por la que no debe resultar controversial hablar de ello. Sin embargo, la restricción que se aplique debe ir acorde con determinados requisitos formales y sustanciales que deben ser cumplidos para no estar ante una restricción ilegítima de la libertad de expresión (Huerta, 2012). Para entender los límites a los derechos fundamentales, se deben tener en cuenta un cúmulo de aspectos que, según sostiene Peces-Barba (1995), consisten en un camino escalonado de tres pasos.

El primero de ellos, consiste en ponderar todo lo que está concurriendo en el caso concreto, desde el contenido lingüístico de la norma hasta el contexto histórico, social y cultural en el que se desarrolla el conflicto, pues ello constituye la materia prima en base a la cual se interpretará el contenido constitucional del derecho tratado. El segundo paso, requiere que la reflexión de los límites tenga en cuenta una comparación histórica con los límites en el derecho comparado, así como la normativa internacional específica. Finalmente, el tercer paso consiste en tener en cuenta la cultura política en medio de la cual se desarrollan los derechos fundamentales a fin de orientar su sentido (Peces-Barba, 1995).

Cuando se restringe la libertad de expresión, dicha restricción puede estar referida bien al contenido que se pretende transmitir o bien a la forma en cómo se transmite dicho contenido. El primer caso, es el ejemplo dentro del cual se desarrolla el delito de apología, pues se busca prohibir la difusión de un discurso que por su contenido tiene la potencial capacidad de generar una situación de riesgo que el legislador ha considerado conveniente no tolerar. Es así como, el límite consistente en no publicar encuestas una semana antes de las elecciones constituye un ejemplo de restricción en cuanto a la forma (Huerta, 2012).

Para que se puedan erigir tales límites, es necesario también que estos cumplan con determinados requisitos, tanto de orden formal como sustantivo o material. El primero de ellos, hace alusión a la fuente de donde proviene la legitimidad para establecer un límite; mientras que los requisitos materiales se hallan referidos al contenido de la restricción. Dada la normativa internacional y nacional que se debe observar en el Perú, la imposición de un límite debe realizarse por medio de una ley emitida por el órgano competente (Huerta, 2012).

Al respecto, se exige que la ley sea entendida en un sentido restrictivo en tanto haya sido emitida por el Congreso de la República, no obstante, tal como apunta Huerta (2012), dada la posición asumida por el Tribunal Constitucional del Perú, se puede establecer límites por medio de leyes no ordinarias como ordenanzas municipales, reglamentos, etc.

En cuanto a los requisitos sustantivos que deben revestir los límites a la libertad de expresión, es necesaria la presencia de un objetivo legítimo que puede circunscribirse a algún otro derecho fundamental o hacia una protección constitucional de algún otro bien. Por ello se requiere que el límite determinado sea idóneo para alcanzar el fin legítimo. En ese sentido, se ha establecido seguir una prueba tripartita que comprende: i) principio de legalidad; ii) principio de legitimidad; y, iii) Principio de necesidad y proporcionalidad (Chocarro, 2017). En esta misma línea se decanta la interpretación del Tribunal Constitucional español por medio de la sentencia 35/2020, pues allí establece que, para considerar la proscripción de un discurso es necesario un examen de proporcionalidad que involucre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida asumida.

El principio de legalidad implica que cualquier restricción en contra de la libertad de expresión se manifieste mediante una ley expresa, clara y taxativa, la cual debe hallarse referida a responsabilidades ulteriores en atención a la prohibición de la censura previa. Por su parte, el principio de legitimidad requiere que las limitaciones se hallen orientadas a proteger los derechos de los demás, la seguridad pública, el orden público, la salud pública y la moral (Chocarro, 2017).

Finalmente, el principio de necesidad y proporcionalidad supone que la limitación sea necesaria para la obtención de los fines legítimos propuestos, además, también exige que no existan medidas alternas menos lesivas del derecho fundamental a la asumida y que exista idoneidad entre el fin propuesto y la limitación aplicada. Sobre ello, se debe entender a la vigencia de la libertad de expresión como la regla frente a la cual caben

excepciones en situaciones muy particulares para la obtención de fines legítimos (Chocarro, 2017).

#### **1.5.4. Límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una sólida jurisprudencia sobre los límites que puede imponer el Estado a la libertad de expresión, en especial cuando se trata de actos expresivos sancionados mediante normas penales, civiles o disciplinarias. A través de diversos casos contenciosos, ha consolidado un estándar interpretativo en virtud del cual toda restricción al derecho a la libertad de expresión debe cumplir simultáneamente con los principios de legalidad, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática, conforme al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Uno de los primeros precedentes en esta materia fue el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, resuelto mediante sentencia de fondo el 22 de noviembre de 2005. El caso versó sobre un oficial naval sancionado disciplinariamente por publicar un libro sin autorización previa de la Armada. La Corte evaluó los límites administrativos a la libertad de expresión en contextos jerárquicos, como las Fuerzas Armadas, y concluyó que la sanción impuesta violó los principios de legalidad y necesidad. Subrayó que, incluso en regímenes especiales, toda restricción debe ser clara, proporcional y necesaria para cumplir una finalidad legítima (párrs. 82-86).

Posteriormente, en el caso *Kimel vs. Argentina*, con sentencia del 2 de mayo de 2008, la Corte analizó una condena penal por el delito de calumnias contra un periodista que criticó la actuación de un juez durante la dictadura argentina. La Corte sostuvo que el uso del derecho penal para sancionar opiniones sobre funcionarios públicos tiene un efecto inhibitor sobre el debate democrático, y resulta desproporcionado cuando existen otras vías menos gravosas, como las sanciones civiles. En consecuencia, declaró que la condena penal por calumnias violaba el artículo 13 de la Convención, al no superar el test de necesidad en una sociedad democrática (párrs. 93-96, 110-113).

En el caso *Ríos y otros vs. Venezuela* (sentencia del 28 de enero de 2009), la Corte se pronunció sobre la responsabilidad internacional del Estado por omisión en la protección de periodistas que trabajaban en un medio crítico al gobierno. Aunque no se trató de una sanción penal o administrativa directa, la Corte sostuvo que el Estado debe garantizar condiciones para el ejercicio seguro y libre de la libertad de expresión. La ausencia de protección frente a amenazas y agresiones también constituye una

violación indirecta del artículo 13, al crear un efecto inhibitorio incompatible con la democracia (párrs. 139-144).

Ese mismo día, la Corte resolvió el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, en el que periodistas y empleados de un canal de televisión fueron objeto de ataques, amenazas y actos de hostigamiento, con pasividad por parte del Estado. Aunque no hubo una sanción penal, la Corte reafirmó que los actos de omisión estatal frente a agresiones a la prensa pueden tener un efecto equivalente al de una restricción directa. Destacó que la libertad de expresión no solo exige ausencia de censura estatal, sino también deberes positivos de protección por parte del Estado (párrs. 117-122, 133-136).

Años después, en el caso *López Lone y otros vs. Honduras* (sentencia del 5 de octubre de 2015), la Corte analizó una sanción disciplinaria impuesta a jueces por haber participado en manifestaciones y emitir comunicados contra el golpe de Estado de 2009. La Corte reafirmó que los funcionarios públicos no pierden su derecho a expresarse sobre asuntos de interés general, y que su remoción por razones ideológicas constituye una medida innecesaria y desproporcionada. Así, determinó que la sanción violó la libertad de expresión y los estándares del debido proceso (párrs. 184-190, 195-198).

Este conjunto de sentencias ilustra cómo la Corte IDH ha considerado inconvenientes las restricciones a la libertad de expresión impuestas a través de distintos tipos de normas -penales, administrativas o por omisión estatal- cuando estas no superan el triple test de legalidad, finalidad legítima y necesidad. En particular, ha manifestado una especial cautela frente al uso del derecho penal como instrumento de control del discurso, sobre todo cuando este se refiere a temas de interés público, crítica a las autoridades o expresiones ideológicas disruptivas.

#### **1.5.5. El efecto desaliento como límite estructural del derecho penal frente a la libertad de expresión**

El recurso al derecho penal para limitar expresiones protegidas o próximas al núcleo de la libertad de expresión ha sido objeto de especial atención por parte de la jurisprudencia constitucional comparada. En particular, uno de los conceptos más relevantes surgidos de dicha evolución es el del 'efecto desaliento' (*chilling effect*), el cual describe la inhibición en el ejercicio de derechos fundamentales que puede generar la amenaza o imposición de sanciones penales, incluso si tales sanciones son eventualmente declaradas improcedentes.

En este sentido, la doctrina del efecto desaliento actúa como un criterio estructural de contención frente al *ius puniendi*, pues opera no solo sobre la base de la protección del contenido esencial del derecho, sino también sobre la prevención de efectos indirectos que erosionan su ejercicio libre y robusto en una sociedad democrática. En la tradición estadounidense, este concepto ha sido clave para declarar inconstitucionales normas vagas o sobreinclusivas que, por su amplitud, desincentivan la participación ciudadana en el debate público (Tribe, 1988; Schauer, 1978, como se citaron en Cuerda, 2022). De igual modo, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>28</sup> como el Tribunal Constitucional español han ido incorporando este argumento para exigir un escrutinio más estricto respecto a las normas penales que inciden sobre la libertad de expresión.

En el caso español, el efecto desaliento ha sido progresivamente acogido como criterio de control constitucional. Como lo señala Vives en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional N.º 46/1998 del 31 de marzo de 1998 incluso en casos donde la expresión traspasa los límites admisibles, la utilización del derecho penal puede generar una censura indirecta incompatible con un régimen democrático. Desde entonces, esta doctrina ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional español, especialmente cuando se advierte que la sanción penal puede suponer “un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad” que desincentiva su ejercicio ulterior (como en el caso de la STC 62/2019 del 7 de mayo de 2019, párr. 7)

Este razonamiento fue también recogido en la conocida STC 35/2020<sup>29</sup> del 25 de febrero de 2020. Este caso tiene como protagonista al rapero César Strawberry (César Augusto Montaña Lehman), integrante del grupo Def Con Dos. Él fue inicialmente procesado por la publicación de varios mensajes en Twitter que hacían alusión, en tono satírico e irónico, a víctimas del terrorismo de ETA y de los GRAPO. La Audiencia Nacional lo absolvió en 2016 al considerar que sus tuits, aunque de mal gusto, no perseguían enaltecer el terrorismo ni humillar a las víctimas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en 2017, revocó la absolución y lo condenó por el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578 del Código penal español), sosteniendo que bastaba con la difusión consciente de los mensajes, independientemente de la intención.

---

<sup>28</sup> El TEDH se pronunció al respecto en sentencias como *Castells v. España* (1992) o *Stern Taulats y Roura Capellera v. España* (2018), en las que se exhortó a los Estados a evitar restricciones innecesarias a la crítica política, recordando que el recurso al Derecho penal debe ser excepcional y proporcionado (Cuerda, 2022).

<sup>29</sup> Para mayor detalle sobre el desarrollo de la STC 35/2020 revisar el acápite 2.2.1 del segundo apartado del Capítulo II sobre el tratamiento del delito de enaltecimiento/humillación en España.

Frente a esta condena, el artista interpuso recurso de amparo alegando vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías y de su libertad de expresión. Finalmente, el Tribunal Constitucional, en su STC 35/2020, le dio la razón, declarando que la condena no había ponderado adecuadamente el contexto ni la dimensión de la libertad de expresión, por lo que resultaba desproporcionada.

De este modo, En la STC 35/2020, del 25 de febrero de 2020, el Tribunal Constitucional español no aplicó un test de proporcionalidad de manera explícita y secuencial, como suele observarse en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero sí efectuó una ponderación material entre la libertad de expresión y los límites derivados de la protección de las víctimas del terrorismo. Para ello examinó si los mensajes del demandante podían ser considerados manifestaciones de odio o de justificación de la violencia, concluyendo que la condena dictada en casación careció de una valoración suficiente del contexto, del tono satírico o irónico de las expresiones y, en definitiva, de una justificación clara de la necesidad de la sanción penal. De este modo, el Tribunal entendió que la restricción resultaba desproporcionada, al no acreditarse que las manifestaciones analizadas constituyeran un verdadero discurso del odio que legitimara la violencia terrorista.

A partir de estos antecedentes, puede sostenerse que el efecto desaliento no solo cuestiona la proporcionalidad de la sanción, sino que exige un juicio de necesidad reforzado. Como advierte Cuerda (2022), esta doctrina obliga a evaluar no solo si la conducta excede los límites del derecho fundamental, sino también si la respuesta punitiva resulta constitucionalmente legítima en cuanto a sus consecuencias prácticas sobre el resto de la ciudadanía. En efecto, sancionar penalmente ciertas formas de expresión puede operar como una forma de coerción indirecta, generando un clima de autocensura incompatible con el pluralismo político y social propio de un Estado social y democrático de derecho.

### **1.6. Toma de postura**

Tal como se indicó, la imposición de límites a la libertad de expresión resulta plenamente legítima en el seno de los actuales Estados sociales y democráticos de Derecho, pues con ello se busca garantizar la libre y pacífica convivencia además de que no existe ningún Derecho que posea carácter absoluto. Al respecto, surge la interrogante acerca de si resulta legítimo como parte del Derecho Penal peruano proscribir discursos que coadyuven con la prosecución de los fines terroristas al tipificar el delito de apología del terrorismo?; sobre ello, la respuesta debe ser positiva, en tanto tales discursos entrañan

un componente que socaba las bases democráticas y puede afectar el ejercicio de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad o vivir en un ambiente sin perturbaciones.

Ahora bien, dada la naturaleza de la conducta prohibida, esta encuentra límites muy cercanos con el derecho a la libertad de expresión y, tales límites, como se ha visto a lo largo de la evolución del delito en el ámbito nacional no siempre resultan diáfanos, pues las fórmulas legislativas utilizadas, por lo general, adolecen de los vicios del lenguaje: ambigüedad y vaguedad. Aunado a ello, la naturaleza ambivalente del bien jurídico protegido tampoco facilita una determinación precisa para identificar si se está o no ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

En consecuencia, es posible que la reciente modificación incorporada por medio de la ley N.º 30610 y su posterior interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia N.º 3070-2022 del expediente N.º 00005-2020-PI/TC del 8 de noviembre de 2022 no presenten aún un contenido lo suficientemente específico para determinar cuándo y en qué casos se está frente a un discurso que se encuentra al margen de la libertad de expresión en especial en los términos en los que se entiende como acto preparatorio punible en forma de provocación, en particular el delito de peligro abstracto que pone en riesgo a la tranquilidad pública y el orden democrático.

En ese sentido, la terminología utilizada en el art. 316-A del Código Penal resultaría perjudicial si de su comprensión se llegarían a englobar discursos comprendidos por la libertad de expresión, o si incluso al tratarse de discursos que se encuentran al margen, la intervención del derecho penal devendría en innecesaria.

## CAPÍTULO II

### EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN LA ACTUALIDAD

El objetivo del presente capítulo es examinar cómo las nuevas formas de dispersión del discurso terrorista —incluyendo aquellas que se desarrollan en el ciberespacio—, los avances del derecho comparado y la aplicación jurisprudencial del artículo 316-A del Código Penal por parte de los operadores jurídicos nacionales, permiten constatar si la configuración de la apología del terrorismo como acto preparatorio punible efectivamente se orienta a la protección de bienes jurídicos colectivos relevantes, en coherencia con lo concluido en el capítulo anterior.

En este sentido, el capítulo aquí presentado está compuesto por tres acápites. El primero de ellos consistió en la identificación de nuevos riesgos terroristas que utilizan discursos apologéticos en el ciberespacio y la respuesta jurídica brindada desde el plano internacional. El segundo acápite, por su parte, implicó un análisis de derecho comparado para identificar cómo se tipifica esta figura en países más próximos a nuestro ordenamiento jurídico y finalmente, el tercer acápite analizó la aplicación práctica de este tipo penal tanto a nivel estadístico del Ministerio público como a un nivel cualitativo por medio de entrevistas en la Procuraduría Pública especializada en delitos de terrorismo con el objetivo de determinar los riesgos o necesidades criminológicas a las que responde la aplicación de la figura.

#### **2.1. Tratamiento de la apología del terrorismo frente a nuevas realidades criminológicas**

El advenimiento del nuevo milenio trajo consigo diversos cambios tecnológicos que además de modificar las relaciones sociales también produjeron cambios en la comisión de delitos. Ejemplo de ello resultan las nuevas formas de crimen organizado, los delitos informáticos y también el terrorismo. Este último fenómeno delictivo adquirió una relevancia no vista hasta entonces debido a que tras el atentado de las torres gemelas el terrorismo evidenció sus peligros a nivel global (García, 2009).

Es por ello por lo que, si lo que se pretende es comprender la evolución de la apología del terrorismo como delito en las últimas décadas, es necesario, primero, hacer énfasis en la evolución del terrorismo como realidad normativa frente a los nuevos riesgos del siglo XXI. En ese sentido, el desarrollo del presente subcapítulo está orientado a analizar cómo evolucionó el tratamiento del terrorismo en derecho internacional y cuáles son los

nuevos retos que le presentan de cara al uso de las redes sociales, las revistas digitales y las nuevas tecnologías de la comunicación.

En segundo lugar, corresponde analizar de qué manera la nueva realidad cibernética ha dado lugar a la generación de espacios para la expansión de grupos terroristas. En especial, cómo es que las nuevas tecnologías coadyuvan para adherir nuevos miembros a organizaciones terroristas ya consolidadas o para potenciar las actuaciones de los denominados lobos solitarios. En consecuencia, se pretende evidenciar que existe en el espacio cibernético un peligro concreto para la comisión de conductas delictivas que colisionan con el derecho a la libertad de expresión.

### **2.1.1. Peligros terroristas actuales**

El terrorismo constituye un fenómeno social de no reciente data, sino que sus orígenes pueden remontarse incluso al siglo XIX. En aquel entonces, las tácticas utilizadas en la ejecución de sus fines no distaban mucho de las tácticas militares, ya que se descartaba que civiles ajenos al conflicto resulten involucrados<sup>30</sup> (Walzer, 1977). No obstante, al cabo de dos guerras mundiales y debido al incremento en la tecnología armamentística y al desarrollo de nuevas estrategias militares, nuevos grupos revolucionarios surgieron utilizando nuevas estrategias como la guerra de guerrillas<sup>31</sup> (Rapoport, 2004).

El terrorismo entendido así requiere la presencia de un terror moderno no conocido en períodos históricos previos a 1879, pues a partir de tal fecha se produjo la primera oleada terrorista que fue la anarquista. Posteriormente, de la mano de movimientos anticolonialistas advino la segunda ola terrorista. La tercera oleada se relacionó con los movimientos de la nueva izquierda y, finalmente, la cuarta se relaciona con los movimientos religiosos en los países de influencia árabe y sus actuaciones en Estados Unidos y Europa (Rapoport, 2004)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, el asesinato del archiduque de Austria-Hungría Francisco Fernando si bien constituyó un acto terrorista por parte de la organización mano negra, en su ejecución se procuró evitar que civiles resulten perjudicados (Walzer, 1977).

<sup>31</sup> Sobre ello, Rapoport (2004) indica que como fenómeno social el terrorismo está íntimamente ligado a la actividad política. Incluso sostiene que durante extendidos períodos históricos previos a 1879 ni siquiera se tenía una idea de lo que el terrorismo implica.

<sup>32</sup> Cabe destacar que cuando Rapoport (2004, p. 5) hace referencia al término "oleada" se refiere a un determinado período histórico que se caracteriza por la presencia de actos terroristas por parte de distintas organizaciones terroristas de diversos países en base a un ideal o fundamento en común. Dicho período -según tal autor- tiene, por lo general, una duración de cuarenta años, tras lo cual, cesan sus actividades debido a que sus fundamentos o ideales se han visto menguados.

En la actualidad, en el marco de la cuarta ola terrorista, se han presentado también problemas en torno al uso de internet en la comisión de actos de esta naturaleza. De este modo, si bien la creación de internet se remonta a 1969, cabe decir que desde 1990 en adelante, este se ha configurado como un nuevo espacio para el desarrollo humano más allá del terrestre, aéreo, marítimo y espacial. Por consiguiente, el ciber espacio ha dado lugar a la innovación en la comisión de la delincuencia tradicional, aunque también ha generado la aparición de nuevas conductas lesivas distintas a las convencionales<sup>33</sup>.

En este contexto surge el ciberterrorismo, el cual, utiliza las tecnologías de la información y la comunicación para la obtención de sus fines. Así, esta conducta se despliega con el objetivo de acceder o atacar datos y sistemas informáticos. Estos espacios inclusive han llegado a permitir que organizaciones terroristas de distintos países y con distintos objetivos interrelacionen sus ataques (Walker, 2008).

En la doctrina, el ciberterrorismo es entendido, por algunos autores, como la comisión del terrorismo tradicional por medio del entorno digital, aunque en realidad no existe un consenso al respecto (De Souza, 2023). Es así como, Mata y Martin (2007) hace alusión a que el ciberterrorismo tiene un alcance amplio y restringido. El alcance restringido comprende tan solo a conductas que causen daños y que persigan un fin político o ideológico, mientras que, el concepto amplio abarca también cuando el hecho se cometa con un fin económico.

En virtud del contexto tecnológico descrito, las organizaciones terroristas no tardaron en notar que el ciber-espacio resulta particularmente útil al momento de captar nuevos miembros, además de servir para instigar y adoctrinar (Walker, 2008). De este modo, dentro de internet se puede notar que se han desarrollado dos olas de terrorismo: i) la cuarta ola referida a las organizaciones terroristas que aprovechan el espacio digital; y, ii) la quinta ola en relación con los lobos solitarios (Hartleb, 2020).

En ese sentido, desde las últimas dos décadas los grupos terroristas han venido operando en el ciberespacio, en especial en la *deep web* y *dark web*. Ello debido a la difícil capacidad de controlar estos lugares de internet ya que se sirven de distintas herramientas como la *red onion*, el uso de *VPN* o alguna otra herramienta digital para garantizar su anonimato (Weimann, 2015).

---

<sup>33</sup> Entiéndase en este caso la comisión de delitos informáticos mediante nuevas modalidades como el *phishing* o uso de *malware* malicioso sobre un determinado sistema informático que puede comprometer sus datos.

Es necesario destacar que hay organizaciones que utilizan internet para cometer sus actividades, no obstante, también están aquellas que existen únicamente en el espacio virtual. De entre las actividades que realizan, las principales son: el reclutamiento, la recolección de fondos, el movimiento de dinero y “elaboración de planes de ataque”; en el caso de los lobos solitarios, sus acciones son de instigación principalmente (De Souza, 2023, p. 114).

Las organizaciones terroristas más relevantes que han cometido estos hechos son *ISIS* y *Al Qaeda* (De Souza, 2023). En especial desde 2010 en adelante, tras lo cual incrementaron sus actividades terroristas en internet tras la publicación de su primera revista digital. Sobre ello, se debe mencionar que las formas a través de las cuales se propaga la propaganda terrorista son las revistas y las redes sociales (De Souza, 2023).

En cuanto a las revistas electrónicas como instrumento de las organizaciones terroristas, Chermak y White (2021) sostienen que estas son útiles -o en su caso fueron, porque algunas ya no están en circulación- para conseguir sus fines por medio de la radicalización y así mantenerse vigentes. Uno de los ejemplos más destacables es el de la revista *Inspire*, la cual fue fundada en 2010, y sirvió para dar legitimidad a conductas violentas utilizando para ello un lenguaje fácil de entender acompañada de material ideológico (Hoffman, 2021).

Otras revistas de esta naturaleza, aunque de corte más violento, fueron *Dabiq* y *Rumiyah*, a las cuales se pudo acceder únicamente a través de la *dark web*. Estas revistas electrónicas utilizaban un argumento teológico a modo de interpretación religiosa para darle legitimidad al grupo terrorista, además que sirvieron para enlistar nuevos miembros extranjeros a *ISIS* en Irak y Siria (Romero, 2022). Su principal objetivo son personas atravesando una crisis de identidad, con el fin de conseguir la radicalización sobre jóvenes hijos de migrantes en Europa, también llamados *homegrowns* (De Souza, 2023).

### **2.1.2. Tratamiento del terrorismo en el derecho internacional**

A lo largo de la historia se puede observar que la trasposición del terrorismo como hecho social al ámbito jurídico ha significado un problema no baladí. Así, desde la celebración de la Convención de Ginebra para la prevención y represión del terrorismo en noviembre de 1937 se buscó dotar al terrorismo de algún contenido definiéndolo en su artículo 1, inciso 2 como aquellos “actos criminales contra un Estado, cuya finalidad sea infundir terror a personas individuales, grupos de personas o al público en general” (Asúa, 2002).

No obstante, tal como como apunta Gasser (2002, p. 5), el concepto citado no expresa una definición explícita de lo que el terrorismo significa, en especial por su alusión a “actos criminales”, sin especificar “qué actos son ilícitos en el contexto del terrorismo”.

Además, cabe resaltar que durante las conferencias para la unificación del Derecho penal desarrolladas entre 1927 y 1935 se prescindió del fin político como elemento configurador del terrorismo, a pesar de que en la tercera de estas conferencias sí se mencionó de manera expresa; con el fin de “evitar posibles limitaciones de determinados derechos y libertades políticas por parte de los gobernantes” (Gonzales & Fernández, 2008, p. 37).

Luego de la Segunda Guerra Mundial, tras el desarrollo de nuevo armamento bélico y el surgimiento de nuevos grupos criminales a nivel mundial, el acercamiento al terrorismo desde el derecho internacional mutó en el sentido de no tratar de brindar un concepto, sino de garantizar la extradición de quienes cometan conductas especialmente graves. Dicho acercamiento vino de la mano de la Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, suscrito en la Haya en 1970.

Es así como, se trata al terrorismo en base a casuística. Por ejemplo, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971)<sup>34</sup> y el Convenio de infracciones y conductas terroristas cometidas a bordo de las aeronaves (1963) buscaron tipificar las conductas que ataquen o dejen en peligro a aeronaves en vuelo. Así también, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (1973) busca la criminalización de atentados hacia la dignidad y libertad de las personas con protección internacional (Gonzales & Fernández, 2008, p. 38).

En la misma línea de ideas, la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (1980) busca que los Estados miembros criminalicen las conductas de poseer, utilizar o trasladar ilícitamente materiales nucleares o su amenaza de utilización. Finalmente, la Convención Internacional contra la toma de rehenes (1979) reprime el uso de la trasgresión a las libertades personales como medio para obligar a personas individuales o Estados (Gasser, 2002).

A pesar de obligar a un trato especial en cuanto a la extradición y desarrollo del proceso en los casos señalados a los Estados firmantes, ningún tratado hace alusión al concepto

---

<sup>34</sup> Dicho convenio fue complementado por el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, firmado el 23 de septiembre de 1988 en Montreal.

de terrorismo, ni tampoco a elemento subjetivo alguno; ello en virtud de que el fin político perseguido era disminuir los riesgos de atentados internacionales. Por ende, se sostiene que se su tratamiento jurídico se desarrolló en base a casuística (Gonzales & Fernández, 2008, p. 38).

La situación descrita cambió tras el desarrollo del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988<sup>35</sup>, en el cual, se optó por hacer mención explícita del terrorismo (Gonzales & Fernández, 2008). No obstante, no fue sino hasta la década de 1990 que se produjo un punto de inflexión en la comprensión del terrorismo en el derecho internacional, debido a que se pone énfasis en el terrorismo internacional y no en la casuística.

De este modo, el Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997) obliga -en su artículo 2- a los Estados firmantes a que los actos destinados a detonar, arrojar o colocar artefacto, sustancia o algún otro material explosivo que busquen causar graves lesiones o la muerte de personas, o la destrucción de instalaciones específicas no puedan ser justificados en función a consideraciones políticas, religiosas, filosóficas o similares.

A partir de lo expuesto, se puede colegir que en estos casos no se está brindando una delimitación en cuanto a cómo deba realizarse el acto terrorista ya que se privilegia el derecho a la libre determinación de los pueblos en tanto se parte del supuesto que cada Estado luche contra el terrorismo con los mecanismos que considere óptimos y efectivos. De igual manera, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999) en su artículo 2, además de reconocer las conductas previamente consideradas terroristas, hace alusión a:

cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

En ese sentido, es de notar que el convenio reconoce que no todos los actos enumerados tienen por qué constituir terrorismo en sí mismos, sino que se pone énfasis en “la fijación de los medios y fines mediatos e inmediatos”, es decir, el propósito del autor de causar intimidación a una población o de coaccionar a un Estado. De este modo, el objetivo consiste en “lograr el acuerdo de los Estados firmantes y excluir la

---

<sup>35</sup> Complementado por el Protocolo del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 2005.

aplicación de tales convenios a aquellos comportamientos que se configuren como resistencia nacional” (Gonzales & Fernández, 2008, p. 39).

Este cambio de sentido en el tratamiento internacional del terrorismo también trajo consigo un cambio en torno a la voluntad de causar terror, ya que ahora se acude exclusivamente al uso de violencia como instrumento para obligar a un Estado. Siguiendo tal planteamiento, el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, por medio de su artículo 2, establece un acervo de supuestos en los cuales se pone el énfasis en los fines mediatos e inmediatos de quien comete la conducta (Gonzales & Fernández, 2008).

Lo aludido significó una mutación en el sentido de que el terrorismo ya no queda delimitado por su cualidad de causar terror en la víctima, sino por su uso como medio de coacción. Esta situación a consideración de Gonzales y Fernández (2008, p. 39) constituye un avance en la determinación del terrorismo como delito común y no político.

Es así como, la acentuación del foco de atención sobre el modo en cómo se cometió el acto terrorista y en los fines de coacción estatal o de cualquier sujeto de derecho internacional, más que en la finalidad de causar terror trae consigo la característica de que un acto se define como terrorista en virtud de la forma de conseguir sus fines y no en si tenía un objetivo de generar terror (Asúa, 2009).

Por consiguiente, la esencia del delito se encuentra en la acción o acciones que, mediante una materialización reiterada, afectan bienes jurídicos básicos como la libertad, la integridad física e incluso la vida. En el plano comparado, se ha señalado que la persecución penal del terrorismo se orienta más a la presencia de organizaciones criminales con fines terroristas que a los clásicos movimientos políticos ilegales (González y Fernández, 2008, p. 40). Sin embargo, cabe precisar que, mientras en el derecho penal español las organizaciones terroristas se conciben como una modalidad de organizaciones criminales, en el derecho penal peruano se reconoce su especificidad como criminalidad de finalidad política, lo que ha motivado su exclusión expresa de la categoría de organizaciones criminales en la Ley N.º 30077.

### **2.1.3. Tipificación internacional sobre la apología del terrorismo**

Ahora bien, de cara a esta nueva comprensión de terrorismo como delito común, resulta relevante estudiar la respuesta que en el ámbito jurídico se ha producido, en especial resulta necesario comprender el desarrollo de la apología del terrorismo en el derecho internacional. Es por ello por lo que en las sucesivas líneas se desarrollará los avances

que desde el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se han venido produciendo durante las últimas décadas de cara a la cuarta y quinta ola terrorista.

De este modo cabe señalar que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>36</sup> mediante resolución N.º 1456 del 20 de enero de 2003 requirió a los Estados tomar acciones urgentes para prevenir y sancionar todo apoyo activo y pasivo del terrorismo. Luego de ello, tras los atentados de Madrid y París del once de marzo de 2004 y del siete de julio de 2005 respectivamente, se emitió la resolución N.º 1624 de dicho Consejo, la cual instaba a que los Estados prohíban penalmente la comisión e incitación de un acto o actos de terrorismo (Walker, 2017, p. 526).

Durante la era del Estado Islámico, la preocupación entorno a los discursos apologéticos del terrorismo también fue un tópico tratado por el UNSC. Es así como, mediante su resolución N.º 2178 del 24 de setiembre de 2014, hizo un llamado a los Estados miembros para que, en cumplimiento con sus obligaciones internacionales, cooperen sus esfuerzos en afán de luchar contra la amenaza que representa el terrorismo extranjero. Para ello, es necesaria la prevención de la radicalización y reclutamiento de nuevos miembros a organizaciones terroristas internacionales (Walker, 2017).

En el ámbito de la unión europea, de entre las acciones jurídicas que mayor relevancia poseen, se encuentra la *Council Framework Decision 2008/919/JHA* del 28 de noviembre de 2008, que modifica la *Council Framework Decision 2002/475/JHA*. En este sentido, se “requiere que los Estados criminalicen la incitación al terrorismo vía internet, incluyendo la provocación pública a cometer delitos de terrorismo, así como el uso de internet para el reclutamiento y entrenamiento con fines terroristas” (Walker, 2017, p. 527).

#### **2.1.4. La apología del terrorismo y el uso de las redes sociales**

Se entiende por redes sociales a todo el conjunto de plataformas digitales que permiten difundir opiniones e ideas, así como crear y compartir contenido digital en distintos formatos (Kaplan & Haenlein, 2010). Desde su lanzamiento en internet el contenido tiene la capacidad de compartirse masivamente entre millones de usuarios de distintos países (Kaplan & Haenlein, 2010).

En lo concerniente al uso de las redes sociales en Estados Unidos, entre 2011 y 2016, el 76.9% de extremistas tuvieron algún contacto con mensajes terroristas mediante el

---

<sup>36</sup> En adelante UNSCR por sus siglas en inglés (*United Nations Security Council Resolution*).

uso de estas plataformas, según información registrada en PIRUS (*Profiles of Individual Radicalization in the United States*). Asimismo, la misma data indica que, el 16,9% de los perfiles registrados tuvo como fuente primaria de radicalización a las redes sociales (LaFree & Dugan, 2018).

En consecuencia, tanto Estados Unidos -mediante el *digital services ACT* de 2020- y Europa -a través de la resolución del parlamento europeo del 15 de junio de 2017- han elaborado regulaciones para que las redes sociales excluyan contenidos relacionados al terrorismo (De Souza, 2023). Además, también se han presentado iniciativas privadas voluntarias por parte de empresas como *Youtube, Twitter, Microsoft y Facebook* que en 2017 fundaron el Foro Mundial Contra el Terrorismo, conocido como GIFCT por sus siglas en inglés (Lozano, 2021).

Por medio de estas plataformas digitales, los grupos terroristas tienen la oportunidad de estar en contacto directo entre quienes la conforman y con sus potenciales miembros o simpatizantes, además de serles útil como medio de difusión propagandística. De esta manera, de la actividad terrorista desarrollada en la *surface web*, el 90% se produce en las redes sociales (De Souza, 2023).

A pesar de los esfuerzos públicos y privados para frenar el avance del terrorismo cibernético, lo cierto es que las organizaciones terroristas aún se sirven de estos espacios para desarrollar sus actividades durante el período en que sus cuentas aún no son descubiertas y siguen vigentes. Esta situación, más allá del tiempo que el mensaje permanezca en línea, ya supone una ventaja en favor del terrorismo a costa de las redes sociales (De Souza, 2023).

Es así como, en el espacio concerniente a la *Deep web*<sup>37</sup>, la interacción directa del grupo terrorista se produce por medio de mensajería privada, como la que brinda *Telegram, WhatsApp, Skype*, etc. y por medio de salas privadas (Walker, 2017). Una de las agrupaciones que más ha utilizado las redes sociales y sus herramientas es *ISIS*. Sin embargo, debido a las restricciones impuestas ha optado por diferentes opciones como la creación de una red social propia (De Souza, 2023).

En cuanto a la perseguibilidad de los discursos terroristas en el ciberespacio, Teruel (2018) sostiene que deben primar de igual manera los principios jurídicos y el respeto a la libertad de expresión al igual que sucede en otros ámbitos. Sin embargo, a decir de

---

<sup>37</sup> Con *Deep web* se hace alusión a la información almacenada en internet cuyo acceso no es de libre disponibilidad por estar indexada en motores de búsqueda protegidos.

dicho autor, una problemática en torno a las dinámicas de internet viene dado por dos factores; el primero es la característica universal de la red capaz de traspasar fronteras, mientras que el segundo es su naturaleza de “medio de comunicación de masas multidireccional que puede servir para comunicar bilateralmente y para transmitir cualquier elemento que pueda ser digitalizado” (Teruel, 2018, p. 22).

Una apropiada solución frente al escenario descrito requiere la celebración de acuerdos internacionales para conceptualizar qué se entiende por discursos al margen de la libertad de expresión y el tratamiento para evitarlos<sup>38</sup>. Relacionado con ello, es necesario delimitar a su vez en qué casos se está ante comunicaciones interpersonales protegidas por el secreto de las telecomunicaciones de difusiones masivas que, aunque no sean visibles de manera global, igual constituyen una comunicación pública. Otro elemento necesario para un eficaz tratamiento del ciberterrorismo es la capacidad de cada Estado para eliminar de la interfaz el contenido apologético o de propaganda terrorista<sup>39</sup>.

## **2.2. El delito de apología del terrorismo en el derecho comparado**

En virtud de las consideraciones desarrolladas en torno al riesgo permitido, el peligro abstracto y la relevancia de los delitos de provocación como actos preparatorios punibles, resulta imprescindible incorporar al análisis dogmático del delito de apología del terrorismo los desarrollos efectuados en el derecho comparado, en particular aquellos provenientes del ámbito europeo y latinoamericano. Ello no solo permite identificar puntos de convergencia normativa, sino también comprender las tensiones existentes entre la anticipación de la respuesta penal y la necesidad de respetar los límites impuestos por la libertad de expresión en un Estado constitucional de derecho.

Así, el estudio de modelos como el español -con especial atención a la figura del enaltecimiento del terrorismo y su vinculación con el discurso de odio- o el colombiano -centrado en la interpretación restrictiva de los delitos apologéticos- ofrece herramientas teóricas útiles para una interpretación racional y garantista del artículo 316-A del Código

---

<sup>38</sup> El problema en torno a este tópico viene dado por el hecho de que el tratamiento que a nivel internacional recibe la libertad de expresión es muy disímil entre sí, lo cual torna en compleja la respuesta que al fenómeno terrorista dentro del ciberespacio se plantee.

<sup>39</sup> En estos casos es necesario la ayuda de los distribuidores de internet para identificar y eliminar el contenido en cuestión, pues si no se cuenta con ello, los alcances que de modo unilateral puede conseguir un Estado son verdaderamente limitados. Así, cabe destacar la implementación del programa *Clean It* en Europa que sirve de ayuda para suprimir mensajes terroristas en la red. No obstante, la adopción de medidas destinadas a superar el anonimato debe ser tratada cuidadosamente en función a la legitimidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados.

Penal peruano, evitando aplicaciones automáticas o expansivas que comprometan el principio de lesividad y la proporcionalidad punitiva.

## 2.2.1. **Ámbito europeo**

### 2.2.1.1. **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no ha configurado una categoría penal autónoma de apología del terrorismo, sino que ha evaluado caso por caso si las restricciones estatales al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos resultan necesarias en una sociedad democrática<sup>40</sup>. Para ello ha considerado factores como el contenido del mensaje, el contexto de su emisión, la forma de difusión y la proporcionalidad de la sanción.

Así, en sentencias como la del caso *Zana c. Turquía*, del 25 de noviembre de 1997, se confirmó la condena de un exalcalde que expresó apoyo al PKK en un contexto de violencia armada. La base legal nacional fue el artículo 312 del Código Penal turco (“alabanza de delitos u ofensores”), que preveía prisión de seis meses a dos años y multa. El Tribunal destacó la peligrosidad del contexto y la condición del emisor. Asimismo, en el caso *Süreç (n.º 1) c. Turquía*, del 8 de julio de 1999, no se apreció violación al sancionar la publicación de cartas con llamamientos a la violencia. La condena se fundó en la Ley Antiterrorista turca.

Otro caso que sigue la misma de convalidación de la intervención penal es el de *Leroy c. Francia*, del 2 de octubre de 2008. En esta sentencia, el TEDH avaló la condena de un dibujante por una viñeta que aplaudía los atentados del 11 de setiembre, al considerarse incitación a la violencia en un momento inmediato a los hechos. Se aplicó la Ley de Prensa de 1881 que tipifica la *apologie du terrorisme*; la sanción fue multa. Finalmente, en el caso *Altıntaş c. Turquía*, del 10 de marzo de 2020, el TEDH sostuvo que no hubo vulneración por condenar a un periodista cuyo artículo glorificaba a

---

<sup>40</sup> El artículo 10 del Convenio europeo de Derechos Humanos consagra el derecho a la libertad de expresión en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

responsables de asesinatos. La base legal fue el artículo 215 del Código Penal turco (elogio de delito u ofensor), imponiéndose multa.

En los casos citados, el TEDH convalidó sanciones penales porque los mensajes implicaban apoyo explícito a organizaciones terroristas en contextos de violencia, exaltaban atentados recientes o glorificaban a sus autores, todo lo cual generaba un riesgo de incitación a la violencia.

En contraste, *Gözel y Özer c. Turquía*, del 6 de julio de 2010, el TEDH apreció vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra la libertad de expresión al haberse condenado automáticamente a editores que reprodujeron comunicados de una organización ilegal sin incitación a la violencia. Del mismo modo, en el caso *Gürbüz y Bayar c. Turquía*, del 23 de julio de 2019, se declaró la vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por condenar a periodistas que publicaron declaraciones del PKK sin contenido apologético violento, aplicándose la Ley Antiterrorista N.º 3713. En ambos casos, el Tribunal reprochó la interpretación expansiva de los tipos penales y la falta de análisis contextual.

Estos fallos muestran que el TEDH no legitima una penalización automática de expresiones vinculadas al terrorismo, sino que exige verificar en cada caso la existencia de un riesgo real y contextualizable.

Este criterio se diferencia del aplicado al discurso de odio, donde el TEDH puede excluir de la protección del artículo 10 del CEDH manifestaciones que inciten directamente a la hostilidad contra grupos vulnerables, recurriendo en ocasiones al artículo 17 del Convenio (cláusula de abuso de derecho), como en *Aksu c. Turquía* (15 de marzo de 2012). Por tanto, mientras el discurso de odio se evalúa principalmente por su potencial de discriminación, el discurso terrorista se analiza en función de su capacidad para glorificar o incitar a la violencia armada.

En el sistema interamericano, la Corte IDH ha sostenido, desde la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, que la libertad de expresión protege incluso ideas chocantes u ofensivas, pero pierde su cobertura cuando existe incitación directa y cierta a la violencia. En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha señalado que los Estados solo pueden sancionar penalmente discursos terroristas cuando exista un riesgo claro e inminente de violencia (Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión, 2010/2013).

Este enfoque se aproxima al estándar estadounidense, donde la Corte Suprema, en *Brandenburg v. Ohio* (1969), estableció que solo es punible la incitación dirigida a producir una acción ilegal inminente y con probabilidad real de ocurrencia, descartando sanciones a la mera exaltación ideológica o la “hipérbole política” (*Watts v. United States*, 1969), aunque admitiendo restricciones a las “verdaderas amenazas” (*Virginia v. Black*, 2003).

La comparación revela que, a diferencia del TEDH o de la Corte Suprema de EE. UU., que no reconocen un delito autónomo de apología y exigen un nexo más estrecho entre discurso y violencia, el Tribunal Constitucional peruano -en la STC Exp. N.º 00005-2020-AI/TC (8 de noviembre de 2022)- ha validado expresamente el artículo 316-A del Código Penal como delito de peligro abstracto y acto preparatorio punible, autónomo e independiente de la instigación, que no requiere destinatario individual ni eficacia causal para su configuración.

En este marco, la doctrina nacional ha resaltado tanto su carácter preventivo y simbólico (Peña, 2018) como su condición de incitación indirecta a la colectividad (Pastrana, 2019), aunque el Tribunal optó por descartar cualquier exigencia de elemento incitador, consolidando un modelo de anticipación punitiva frente al riesgo de legitimación ideológica del terrorismo.

En consecuencia, puede afirmarse que el estándar comparado europeo ofrece un marco interpretativo útil para evitar aplicaciones expansivas o desproporcionadas del artículo 316-A. La punibilidad de la apología en el Perú se sostiene en su configuración como acto preparatorio punible y delito de peligro abstracto, pero su compatibilidad con la libertad de expresión requiere que los operadores jurídicos valoren en cada caso el contenido del mensaje, el contexto social y político, la idoneidad del medio utilizado y la proporcionalidad de la sanción. Solo de este modo es posible asegurar que la intervención penal responda a un riesgo comprobable y no se convierta en un mecanismo de censura frente a discursos contrarios al sentimiento colectivo.

#### **2.2.1.2. España**

La evolución normativa de la apología en el derecho penal español se encuentra estrechamente vinculada a la legislación antiterrorista. Durante el régimen franquista, la Ley de Seguridad del Estado de 1941 y el Código Penal de 1944 ya contenían disposiciones aplicables frente a expresiones de apoyo a la violencia política. En este último, la apología aparecía en el artículo 261, de manera genérica, y en el artículo 566.4, en relación con la delincuencia política, lo que configuró un sistema de doble

tipificación: la misma conducta podía ser perseguida tanto por la vía del Código Penal (apología genérica) como por la legislación especial de seguridad del Estado (apología vinculada al orden público y la represión política). Esta duplicidad normativa, que se mantuvo hasta finales de los años setenta, generaba problemas de coherencia y garantías, pues otorgaba un margen excesivo para que el legislador o los jueces optaran por la vía más gravosa (Gomíz et al., 2014).

Posteriormente, el Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto de 1975, amplió el concepto de apología (genérica) al prohibir incluso manifestaciones de solidaridad con la delincuencia, hasta que el Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero de 1979, puso fin al sistema de doble tipificación al trasladar la figura a la legislación antiterrorista en un solo tipo penal de apología de la violencia política. La Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre de 1984, sistematizó estas tipificaciones, enumerando de manera casuística diversas formas de enaltecimiento (Pastrana, 2019). Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), la apología dejó de figurar como delito autónomo y pasó a ubicarse en la parte general como una modalidad de provocación en la forma de acto preparatorio punible<sup>41</sup> (art. 18.1 CP) (Luzón, 2025; Mir, 2011).

Esta modificación respondió a la doctrina del Tribunal Constitucional, que en las STC 159/1986, de 16 de diciembre de 1986, y STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, sostuvo que la mera expresión de elogio o solidaridad no puede confundirse automáticamente con actos de incitación a delinquir. Sin embargo, la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre de 2000, reintrodujo la apología como delito autónomo de terrorismo mediante el actual artículo 578 del Código penal español, sancionando tanto el enaltecimiento o justificación de los delitos previstos en los artículos 571 a 577 como los actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> No obstante, en estos casos la apología genérica tipificada en el artículo 18 de la parte general del Código penal español como acto preparatorio pluripersonal punible constituye delito únicamente para determinadas conductas de la parte especial que lo tipifiquen de manera expresa (Luzón, 2025).

<sup>42</sup> Sobre ello autores como Alcocer (2022), Peña (2019) y Teruel (2018) coinciden -aunque con diversos matices- en que la sola actitud de enaltecer el acto terrorista o de su autor no justifica *per se* su legitimidad en términos de antijuridicidad material de este delito. Al respecto, Peña (2019) concluye que la actual tipificación del artículo 578 del Código penal español es una manifestación del derecho penal del enemigo, además de que transgrede el derecho a la libertad de expresión y a la proporcionalidad de las penas. Por su parte, Teruel (2018) desde un análisis de la jurisprudencia del TEDH y de la Corte Suprema estadounidense pretende redefinir estos delitos a fin de arribar a una propuesta de *lege ferenda* que incluya la idoneidad de la publicidad por medio de la cual se traslada el discurso, además de proponer un elemento de tendencia incitadora que justifique su punibilidad.

Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, amplió el marco punitivo al incorporar el artículo 579.1 CP, que castiga la difusión pública de mensajes o consignas que, sin encajar en el artículo 578, tengan la finalidad de alentar o favorecer la comisión de delitos terroristas. De este modo, la apología quedó configurada definitivamente en el derecho penal español como un delito autónomo en materia de terrorismo, más amplio que la provocación genérica del art. 18 del Código penal español (Pastrana, 2019).

Sobre este respecto, conviene desarrollar lo concerniente a cómo el artículo 578 del Código penal español que tipifica el delito de enaltecimiento o justificación de los delitos previstos en los artículos 571 a 577 como los actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas ha sido tratado en la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo español como del Tribunal Constitucional. Así en la jurisprudencia del Tribunal supremo español, la sentencia 224/2010, del 3 de marzo de 2010, sostiene que el delito de enaltecimiento del artículo 578 posee una sustantividad propia, es decir, la apología que constituye el núcleo del injusto penal es autónoma de las formas de provocación tipificadas en el artículo 18 inciso 1 e inciso 2. Por tal motivo, no es necesario en esta clase de conductas una incitación directa a la comisión de delitos (Tribunal Supremo, 2010, párr. 3)<sup>43</sup>.

Esta corriente interpretativa tuvo como antecedente inicial a la sentencia 656/2007, del 17 de julio de 2007, del Tribunal Supremo. En este caso, el Tribunal optó por una interpretación muy extensiva de los términos menosprecio, descrédito y humillación en virtud de la cual cualquier conducta quedaría englobada en el ámbito gravitatorio del delito. En la misma línea de extensión interpretativa se encontró la STS 846/2015, del 30 de diciembre de 2015 (Cabellos, 2020).

Frente a ello, un primer óbice en la exégesis del tipo penal quedó determinado por la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, del 28 de julio de 2016, que concluyó que el recurso al artículo 578 del Código penal se debe circunscribir a expresiones que “puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” (párr. 4).

---

<sup>43</sup> No obstante, cabe resaltar que en el mismo argumento la sentencia desarrolla que la conducta del artículo 578 no constituye un delito de terrorismo” el argumento de que esta apología, también llamada apología menor, se encuentra sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo, carece de virtualidad y relevancia para en base al argumento sistemático, así estimarlo” (Tribunal Supremo, 2010, párr. 3)

Sobre ello, Caballero (2020) sostiene que la alusión a una situación de riesgo conlleva la necesidad de analizar aspectos más allá de la mera literalidad de los vocablos de la fórmula legal, pues tal como la citada sentencia alude se corre el riesgo de inhibir el ejercicio de expresiones legítimas<sup>44</sup>.

De este modo, se ha sostenido que la STC 112/2016, si bien supuso un avance en la interpretación del artículo 578, el análisis allí realizado no completó el camino hacia una interpretación más garantista del precepto penal (Caballero, 2020). Frente a ello, la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020 del 25 de febrero de 2020 es la que marcaría un hito interpretativo de este delito para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión.

Antes de avocarse al estudio de la STC 35/2020 conviene estudiar la Sentencia de la Audiencia Nacional 20/2016<sup>45</sup>. En este caso se optó por una línea interpretativa distinta la desarrollada en las STS 656/2007 y 846/2015 en tanto no consideró que la sola realización de los verbos típicos configuraba el delito de enaltecimiento/humillación, sino que analizó el contexto del mensaje, la trayectoria del emisor -en específico si había simpatizado con algún grupo terrorista anteriormente o justificado actos similares en el pasado- y la intención con la que se difundió el mensaje. De este modo, se concluyó que en función de tales consideraciones a pesar de que la opinión vertida encajaba en el tenor literal del precepto penal no podía considerarse cometido el delito.

Sin embargo, la SAN 20/2016 fue apelada frente al Tribunal Supremo en cuya competencia se emitió la STS 4/2017. Esta sentencia, a pesar de realizar un desarrollo considerativo favorable al derecho a la libertad de expresión, omitió las consideraciones contextuales y de intencionalidad planteadas por la Audiencia Nacional y concluyó que para completar la tipicidad de la conducta basta que el autor conozca las implicancias del delito. Así, en cuanto al ánimo subjetivo de la conducta, el Tribunal Supremo sostiene que la consideración de que el encausado “no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad”.

---

<sup>44</sup> Conviene citar en este ámbito el voto discordante del magistrado Xiol Ríos (2016) en la STC 112/2016 que critica la omisión del Tribunal Constitucional en torno a las particulares circunstancias del caso y cómo no evidencio la presencia de dicha “situación de riesgo” en las particulares circunstancias examinadas.

<sup>45</sup> Este caso en particular versó sobre opiniones vertidas en la red social hasta entonces denominada Twitter (ahora X) por el cantante de rap Cesar Augusto Montaña Lehmann cuyo nombre artístico es Cesar Strawberry, vocalista del grupo Def con Dos.

Sobre este tema, Caballero (2020) refiere que esta forma de comprender el delito difiere de la STC 112/2016 y que por ello su mención es tan solo enunciativa y no forma parte del desarrollo argumentativo del Tribunal Supremo. Esta consideración, en consecuencia, conlleva lógicamente a que la conducta quede tipificada con el solo despliegue objetivo de la conducta.

Por medio de un recurso de amparo en contra de la STS 4/2017 ante el Tribunal Constitucional, este se pronunció emitiendo la STC 35/2020 la cual se desarrolla en el marco de la denominada teoría general de la libertad de expresión utilizando para ello criterios expuestos en la STC 112/2016 que a su vez es tributaria de la STC 177/2015 sobre discursos de odio (Teruel, 2018). Es así como, el TC español (2020, párr. 4) toma en consideración tres aspectos fundamentales de la libertad de expresión; primero, su carácter de derecho institucional que sirve para conformar la opinión pública de lo cual deriva la presencia de un amplio margen que garantice su ejercicio.

En segundo lugar, destaca que no se trata de un derecho absoluto y que, por consiguiente, caben límites a su ejercicio en particular sobre expresiones que fomenten la violencia. De este modo, en base a consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca que la convivencia en sociedades plurales exige “sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (Tribunal Constitucional español, 2020, párr. 4).

En tercer lugar, para definir los discursos de odio, recurre a la STC 11/2016 que a su vez cita lo propuesto en la STC 177/2015 referido a que en el control constitucional de esta clase de discursos lo relevante es identificar si “los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político”, en contraposición agrega que no merecen tal protección aquellas expresiones que “persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”.

En este sentido, la STC 35/2020 pone de relieve la necesidad de recurrir a un examen de proporcionalidad para adoptar la consecuencia jurídica-penal. De ahí que, se hace alusión al efecto desaliento en la aplicación de penas por la comisión del delito del artículo 578 recordando lo dispuesto en la STC 235/2007 concerniente a que para optar por una sanción penal se debe acreditar la presencia de una incitación directa. Asimismo, se sirvió de la STC 112/2016 (párr. 4) para determinar que el delito de

enaltecimiento/humillación es una manifestación del discurso de odio y que por ello su punición requiere acreditar la creación de una “situación de riesgo”.

Sobre este tema se han presentado dos críticas a cómo la STC 35/2020 entiende los delitos de odio. Así, la primera va referida a que se utiliza el contenido brindado en la STC 177/2015 -citada por la STC 112/2016- cuando el concepto de discurso de odio allí brindado había sido cuestionado a través de la sentencia del TEDH (2018) del caso *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*<sup>46</sup>.

Del mismo modo, la citada jurisprudencia comprende que los discursos protegidos por la libertad de expresión son aquellos que “pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político”. Esta alusión a un estímulo permite dejar fuera del ámbito protegido una gran parte de los discursos, además, deja en manos de los juzgadores la consideración de cuando una expresión puede o no promover dicho estímulo; por otro lado, entre los discursos que estimulan el debate público y los que generan odio existen expresiones intermedias, las cuales tampoco son tenidas en cuenta en la STC 35/2020 (Caballero, 2020).

La segunda crítica está relacionada con el “reflejo emocional de hostilidad”, así, se considera que este elemento se apoya en un aspecto subjetivo que le resta seguridad jurídica al discurso de odio. En este sentido, Teruel (2018) -comentando la STC 112/2016- considera que la alusión a este criterio se aproxima más al criterio del *bad tendency test* y no al *incitement approach*<sup>47</sup>. Es así como, en base a los mismos votos discordantes de los magistrados del TEDH, sostiene que la proximidad con el *bad tendency test* “no desciende a comprobar si existió un daño efectivo” (Teruel, 2017).

Más allá de lo expuesto, el punto medular de la STC 35/2020 quedó determinado por la posición del Tribunal en torno a cómo deben operar los órganos jurisdiccionales a fin de brindarle a la libertad de expresión el carácter institucional que le inviste y asegurar la proporcionalidad en la imposición de penas por este delito (Caballero, 2020). En primera y segunda instancia, la diferencia interpretativa radicaba en si para la comisión del delito de enaltecimiento bastaba con el análisis del contenido del mensaje o si era necesario

---

<sup>46</sup> En tal sentido, la STC 35/2020 sostiene que los discursos de odio “persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (Tribunal Constitucional español, 2020, párr. 4).

<sup>47</sup> Para más detalle acerca del desarrollo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los criterios del *Bad Tendency test* y el *Incitement Approach* revisar el tercer acápite del primer apartado del Capítulo I de la presente tesis.

también avocarse al contexto, efectos e intención del emisor, además de la capacidad del mensaje para generar peligro o incitación en la comisión de nuevos delitos.

Sobre el tema, el TC español sostuvo la necesidad preliminar de realizar un examen para evidenciar si se trata de un legítimo ejercicio de la libertad de expresión; en aquellos casos en los que dicha evaluación sea meramente enunciativa se consideran como ausentes de evaluación. Por consiguiente, las expresiones en las cuales no se tuvo en cuenta el contexto del mensaje o los efectos de este deben ser entendidas en la misma línea (Caballero, 2020).

En efecto, la STC 35/2020 hace énfasis en que las consideraciones de la STS 4/2017 si bien sí tienen en cuenta un análisis para considerar la configuración del delito de enaltecimiento, este “no resulta suficiente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, ya que no pondera con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso” (Tribunal Supremo español, 2017, párr. 5). El Tribunal Constitucional español agrega que no basta considerar un ejercicio extralimitado de la libertad de expresión para que se configure la infracción penal, sino que se debe atender a las circunstancias concurrentes.

Tales circunstancias son: i) el peso del contenido de los mensajes en la conformación de la opinión y debate públicos; ii) la valoración de si la emisión de la expresión controvertida puede ser entendida como alinearse con una legítima postura política; iii) la consideración de si la imposición penal del precepto puede conllevar a un efecto inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión; y, iv) la “valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes” (Tribunal Constitucional [España], 2020, párr. 5b).

Tras la STC 35/2020 se formó un nuevo contexto en garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión pues implica un nuevo margen de control judicial más estricto y tuitivo. Por consiguiente, se va acentuando la idea de que no basta la sola expresión del acto apologético para considerar consumada el delito del artículo 578 del Código penal. Al contrario, ahora se requiere un control tanto del contenido, la intención, el contexto y efectos en el debate público para poder considerar la configuración típica de este delito. Especialmente esta última característica reconoce la naturaleza institucional de la libertad de expresión y su función como baremo de una sociedad democrática.

### 2.2.1.3. Francia

En el caso francés, la tipificación de la apología del terrorismo se inscribe dentro de un marco normativo clásico que encuentra su eje central en la Ley de Libertad de Prensa de 1881, norma que, pese a su carácter garantista en materia de libertad de expresión, ha sido sucesivamente modificada para acoger nuevas figuras penales con ocasión del avance del terrorismo contemporáneo. Específicamente, el artículo 24 de dicha ley tipifica tanto la provocación como la apología de delitos, incluyendo expresamente los actos de terrorismo. A diferencia del modelo español, donde el enaltecimiento de terrorismo ha sido progresivamente asimilado a un tipo autónomo dentro del Código Penal, en Francia la apología del terrorismo ha conservado su naturaleza de delito de expresión vinculado a la prensa, sin que ello impida su utilización extensiva en contextos políticos o sociales sensibles (Clínica Jurídica per la Justícia Social, 2013, pp. 60-64).

La configuración del tipo penal francés contempla la glorificación o justificación pública de crímenes o sus autores, sin requerir necesariamente una incitación directa o efectiva a su comisión. Esta definición amplia ha sido objeto de diversas críticas en tanto puede abarcar expresiones ideológicas o manifestaciones simbólicas desprovistas de una voluntad real de provocar delitos. Como resultado, la legislación francesa ha sido catalogada como portadora de un riesgo latente de colisión con el núcleo protegido del derecho a la libertad de expresión, en especial cuando se vincula a discursos políticos disidentes o culturalmente radicales (Clínica Jurídica per la Justícia Social, 2013, pp. 65-66).

Un hito relevante en la evolución legislativa fue la Ley antiterrorista de 1986, que incorporó de forma explícita la apología del terrorismo en el artículo 24 de la Ley de Prensa. No obstante, a diferencia de otros delitos tipificados directamente en el Código Penal como terrorismo, esta figura no fue subsumida dentro del catálogo de delitos propiamente terroristas. Tal decisión ha generado consecuencias procesales significativas: al mantenerse bajo el procedimiento ordinario, las investigaciones por apología del terrorismo no gozan de las facultades excepcionales previstas para delitos terroristas, como el uso de técnicas especiales de investigación o la intervención de tribunales especializados (Clínica Jurídica per la Justícia Social, 2013, pp. 64-65).

A partir de 2012, tras los atentados en Toulouse, se propuso una reforma legislativa orientada a incluir la apología del terrorismo dentro del Código Penal y a sancionar además la consulta habitual de sitios web apologéticos. Si bien dicha propuesta no fue finalmente aprobada, reflejó una clara tendencia al endurecimiento punitivo y a la

expansión de la responsabilidad penal a comportamientos que se aproximan al mero pensamiento ideológico (Clínica Jurídica per la Justícia Social, 2013, pp. 71-72).

Críticamente, se ha señalado que el modelo francés presenta una infracción potencial al principio de legalidad penal, al apoyarse en una redacción ambigua que puede abarcar opiniones extremistas sin conexión efectiva con un peligro concreto. Esta indeterminación normativa ha facilitado la utilización del tipo penal como instrumento de control del disenso, en ocasiones desplazando su función protectora del orden público hacia una lógica de persecución ideológica (Clínica Jurídica per la Justícia Social, 2013, pp. 73-74).

En términos comparativos, cabe destacar que, a diferencia de lo ocurrido en España, Francia no ha trasladado la apología del terrorismo al Código Penal como delito autónomo, lo que preserva formalmente su tratamiento como delito de opinión, pero no por ello evita sus efectos expansivos. En ambos modelos se identifica una tendencia común al adelantamiento del umbral punitivo, así como una creciente difusión del Derecho penal de autor y de formulaciones próximas al Derecho penal del enemigo, que debilitan las garantías propias del Estado de Derecho (Clínica Jurídica per la Justícia Social, 2013, pp. 74-75).

## 2.2.2. **Ámbito latinoamericano**

### **A. Argentina**

La legislación argentina no cuenta con un tipo específico referido a la apología del terrorismo, sino que tan solo lo tipifica en el artículo 213, capítulo IV del título VIII de su Código penal, titulado apología del crimen, en los siguientes términos:

Artículo **213**. Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

No obstante, el Código penal argentino comprende en su artículo 41 *quinquies* una agravante referida al terrorismo. En concreto, dicho artículo para que resulte operativo no requiere que el autor de la conducta haya perseguido un fin político, sino que basta con una finalidad orientada a causar terror u otra dirigida a coaccionar a la autoridad estatal para que actúe de modo determinado. Dicho artículo guarda la siguiente redacción:

Artículo 41 *quinquies*. Cuando alguno de los delitos previstos en este Código, en leyes especiales o en las leyes que incorporen al derecho interno tipos penales previstos en convenciones internacionales vigentes ratificadas en la República Argentina, hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades

públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

Al igual que en la legislación chilena y española, en este caso se entiende que el bien jurídico protegido es el orden público. Sobre ello, al igual que con la tranquilidad pública, se hace alusión al “ánimo social” debido al efecto de agitación que traen consigo estos delitos. En este sentido, se ha señalado que estos delitos tienen la capacidad de generar alarma en el desempeño de las interacciones sociales que terminan por afectar el normal desarrollo de las personas (Creus, 1997).

Sobre la evolución del delito de apología en la legislación argentina, este fue incorporado por primera vez por medio de la Ley N.º 7029 (ley de defensa nacional) del 27 de junio de 1910 que tipifica el delito de apología de determinados delitos ubicados en los artículos 2, 9, 10 y 11 de la citada legislación. En cada uno de estos casos, se estableció que la pena sería la mitad de la comprendida para cada delito apologizado (Liporace, 2014).

Luego de ello, hacia 1917 se aprobó el proyecto de Código penal argentino, el cual extrae este delito de la ley especial indicada y lo incorpora en el capítulo IV del título VIII; esta nueva figura contenía una composición exacta a la del actualmente vigente artículo 213 del Código penal argentino (Liporace, 2014).

Treinta años más tarde, con la llegada del proyecto de Código penal “Coll-Gómez”, los artículos 299 y 300 -ubicados el título X del Código penal- modificaron la conducta. Así, el artículo 299 comprendía el delito de apología de un acto delictivo o de su autor, mientras que el artículo 300 tipificó las agravantes aplicables a tal conducta (Matalone, 2013).

Hacia 1941, tras el arribo del “Proyecto Peco”, la figura volvió a sufrir otro cambio legislativo, pero esta vez estuvo dirigido a un cambio sistemático de ubicación a la sección III de los delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad. Además, se incorporó una agravante para cuando la apología se halle referida a un delito contra la personalidad del Estado o de un condenado por este delito (Matalone, 2013).

Sin embargo, la sistematización de este delito como un delito contra el orden público no se produciría sino hasta 1951 por medio del “Proyecto De Benedetti”. Este cambio legislativo si bien mantuvo la conducta en el artículo 379 del Código penal modificó la

pena aplicable, así como se suprimió la agravante descrita en el párrafo anterior (Liporace, 2014).

Tras el advenimiento de la década de 1970, se publicó el “proyecto Soler-Cabral Aguirre Obario” (1979), el cual mantuvo la tipificación de este delito en los términos vigentes hasta aquel entonces. Empero, el nueve de agosto de 1984, se expidió la ley N.º 23077, con la cual se comprendió a la democracia como bien jurídico a la vez que retornó a la fórmula legislativa de 1921 para tipificar el delito de apología; cabe señalar que esta última figura se mantuvo como atentatoria del bien jurídico orden público (Matalone, 2013).

En la actualidad, la fórmula típica contenida en el artículo 213 del vigente Código penal argentino fue propuesta por medio del Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código penal de la Nación de 2006.

En cuanto a las cualidades de este delito, dada la redacción prevista se puede sostener que se trata de un delito comisivo cuya atribución solo puede realizarse a título de dolo, asimismo, se trata de un delito básico de mera actividad, debido a que no se requiere un resultado separable espacio-tiempo, por lo cual, no cabe la tentativa agotada. Por otro lado, en cuanto a sus efectos sobre el bien jurídico, se está frente a un tipo de peligro abstracto cuyo autor puede ser cualquier persona. Finalmente, cabe destacar que se trata de un tipo mono ofensivo pues únicamente se protege al orden público (Matalone, 2013).

## **B. Chile**

Antes de realizar un análisis pormenorizado de la legislación correspondiente, conviene destacar que en Chile no cuentan con un delito en específico que tipifique la apología del terrorismo, sino que únicamente cuentan con un delito de apología en general tipificado en el título III del art. 6, inc. d de la Ley N.º 12927 del 02 de agosto de 1958, modificada posteriormente mediante decreto N.º 890 del 06 de agosto de 1975 que en su art. 6, inc. f48 guarda la siguiente estructura típica:

Art. 6º Cometén delito contra el orden público: (...)

f) Los que hagan la apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas, como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales;

---

<sup>48</sup> En ambos casos dicha conducta esta tipificada como delito contra el orden público; para más información sobre este bien jurídico revisar el acápite 1.1.4. del capítulo I.

### C. Colombia

El título XII del Código penal colombiano tipifica los delitos contra la seguridad pública, de este modo, el capítulo I de dicho título recoge las conductas del concierto, terrorismo, las amenazas y la instigación. Sin embargo, no se recoge una figura en específico que sancione la apología de un delito o de su autor en términos similares a los de Chile, Argentina, Perú o España. Por el contrario, la figura más similar es la recogida en el artículo 347 referido a las amenazas que guarda la siguiente redacción:

*Artículo 347. Amenazas. El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Si la amenaza o intimidación recayere sobre un miembro de una organización sindical, un periodista o sus familiares, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte.*

Además de la conducta descrita, la legislación colombiana también cuenta con un delito de apología del genocidio tipificado en el artículo 102 de su Código penal. No obstante, a diferencia del delito de amenazas, la apología del genocidio está ubicada en el título I de la parte especial concerniente a los delitos contra la vida el cuerpo y la salud. De este modo, tal tipo penal se halla comprendido en los siguientes términos:

**Artículo 102. Apología del genocidio.** *El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.*

### **2.3. Aplicación y casuística del delito de apología al terrorismo en Perú**

Como último análisis con el objetivo contrastar la configuración dogmática del artículo 316-A del Código Penal con su funcionamiento en la práctica judicial, se revisó el actual contexto criminológico de aplicación del delito de apología de terrorismo en el Perú. Así, se analizó el nivel de incidencia de su comisión a nivel nacional por región, en función al número de denuncias presentada ante el Ministerio Público<sup>49</sup>; y, en segundo lugar, se consideró el tratamiento de los casos, en concreto, considerando el estado del proceso en el que se encuentren.

#### **2.3.1. Nivel de incidencia y trámite a nivel Fiscal de las denuncias de Apología del Terrorismo**

Para analizar el nivel de incidencia se recabó información del Ministerio Público<sup>50</sup>, correspondiente a denuncias registradas por el delito de Apología del terrorismo tipificado en el artículo 316-A del Código penal en un período de tiempo que comprende los años 2019 a 2023, según Distrito Fiscal.

Si bien el artículo 316-A del Código Penal fue incorporado en 2017 mediante la Ley N.º 30610, la información proporcionada por el Ministerio Público sobre la comisión del delito de apología del terrorismo comprende el período 2019-2023. Esta delimitación temporal se justifica por dos razones principales. En primer lugar, durante los años inmediatamente posteriores a la reforma, la aplicación del nuevo tipo penal fue progresiva y estuvo marcada por un periodo de adaptación interpretativa de parte de los operadores jurídicos, lo que explica la escasa casuística inicial. En segundo lugar, a partir de 2019 se cuenta con registros sistematizados y estadísticamente confiables por parte de las instancias del Ministerio Público, lo que permite un análisis consistente y representativo de la praxis judicial.

En consecuencia, el examen de los casos comprendidos entre 2019 y 2023 no solo refleja el funcionamiento real y consolidado del artículo 316-A en la práctica penal, sino que además proporciona un marco temporal pertinente para evaluar su impacto en términos de prevención del terrorismo y de respeto a la libertad de expresión.

---

<sup>49</sup> Cabe aclarar que según la información brindada por la oficina de racionalización y estadística del Ministerio Público no se consideran delitos cuyas denuncias estén acumuladas ni cuadernos

<sup>50</sup> A fin de recabar la información presentada en el presente capítulo se presentó una solicitud ante la oficina general de planificación y presupuesto del Ministerio Público, la misma que fue respondida mediante el oficio N.º 001269-2024-MP-FN-GG-OGPLAP, del 01 de julio de 2024.

De la información presentada en la Tabla 01 se observa que, de las denuncias por apología del terrorismo en el Perú entre 2019 y 2023, a nivel nacional, los distritos fiscales que registran el mayor número de denuncias acumuladas son Lima (125 casos, incluyendo Lima Metropolitana y Lima Norte), seguida de Apurímac (63), Junín (53) y Huancavelica (37). Estos departamentos concentran la gran mayoría de casos reportados en el periodo, mientras que en el resto del país los registros son mucho menores, con cifras que no superan las cinco denuncias en total (como en Ayacucho, Huánuco, Loreto, Amazonas, entre otros).

El incremento más notorio se observa en el año 2023, particularmente en Apurímac, que pasa de una sola denuncia en 2022 a 57 casos en 2023; en Junín, que se eleva de 1 a 50 casos en el mismo periodo; y en Huancavelica, que asciende de 1 a 34 denuncias. Este salto cuantitativo sugiere un fenómeno focalizado en la zona centro-sur del país, coincidente con el ámbito geográfico del VRAEM, región históricamente asociada al accionar de Sendero Luminoso y a la persistencia de sus remanentes.

La explicación de este repunte puede vincularse, por un lado, a la persistencia de actividades de propaganda o reivindicación por parte de grupos residuales, que encuentran eco en actos de conmemoración de líderes o hechos terroristas. Por otro lado, debe considerarse también el contexto político y social de los últimos años, en particular las protestas de 2022-2023, en las cuales se documentaron expresiones de apoyo o justificación de la violencia política que fueron perseguidas penalmente como apología. Finalmente, es relevante advertir un componente institucional: la mayor vigilancia y control del Ministerio Público y de la Dircote en este tipo de expresiones, lo que contribuye a que se formalicen más denuncias.

En síntesis, mientras que Lima mantiene históricamente el mayor número de casos, es en Apurímac, Junín y Huancavelica donde se observa el crecimiento más brusco en 2023, lo cual refleja tanto la vigencia del problema en zonas de influencia histórica de Sendero Luminoso como el reforzamiento de la respuesta penal frente a conductas apologéticas en contextos de conflictividad social reciente.

Asimismo, resulta interesante que el número de denuncias en Lima se haya incrementado hacia 2021, época en la cual se estaban levantando las restricciones por la pandemia, lo cual si bien no significa una correlación resulta un aspecto que debe resaltarse. Otro aspecto interesante es la reducción de denuncias que en Lima se han producido entre 2021 y 2022; no obstante, dicha tendencia se interrumpe en el año 2023, en donde el número de denuncias por la comisión de apología del terrorismo vuelve a incrementarse alcanzando un número mayor al registrado entre 2019 y 2021.

En tercer lugar, Apurímac es una región cuyo número de denuncias por el delito de apología del terrorismo ha tenido un ritmo constante entre 2019 y 2023, no superando en ningún caso más de tres denuncias hasta el 2022. Sin embargo, el 2023 dicha tendencia evolucionó ya que el número incrementó hasta 57, con lo cual, su incremento es vertiginoso, pues resulta casi veinte veces mayor que en cualquiera de los años anteriores.

*Tabla 1. Número de denuncias por apología del terrorismo denunciados en el Ministerio Público a nivel nacional, por año según distrito fiscal (2019-2023)*

| Distrito Fiscal | Año       |           |           |           |            |
|-----------------|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|
|                 | 2019      | 2020      | 2021      | 2022      | 2023       |
| Amazonas        | 1         | -         | -         | -         | 1          |
| Apurímac        | -         | 2         | 3         | 1         | 57         |
| Arequipa        | -         | -         | 1         | -         | -          |
| Ayacucho        | 1         | -         | -         | 1         | 1          |
| Cusco           | -         | -         | 2         | -         | -          |
| Huancavelica    | -         | -         | 2         | 1         | 34         |
| Huánuco         | -         | 2         | 1         | 2         | 2          |
| Junín           | -         | 1         | 1         | 1         | 50         |
| La Libertad     | -         | -         | -         | -         | 1          |
| Lambayeque      | -         | -         | 2         | -         | -          |
| Lima            | 4         | 9         | 49        | 9         | 53         |
| Lima norte      | -         | -         | -         | -         | 1          |
| Loreto          | 1         | -         | 1         | -         | 2          |
| Moquegua        | -         | -         | -         | 1         | -          |
| Piura           | 2         | 1         | 2         | -         | -          |
| San Martín      | -         | -         | -         | -         | 2          |
| Santa           | 1         | -         | -         | -         | -          |
| Selva Central   | -         | -         | 1         | -         | -          |
| Sullana         | -         | -         | -         | -         | 1          |
| Tumbes          | -         | -         | -         | 1         | -          |
| Ucayali         | -         | -         | -         | -         | 1          |
| <b>Total</b>    | <b>10</b> | <b>15</b> | <b>65</b> | <b>17</b> | <b>206</b> |

Fuente: Oficina de racionalización y estadística del Ministerio Público.

Otro departamento que ha tenido un ritmo constante el cual se ha visto radicalmente incrementado en 2023 es Huancavelica, pues si se observa el período analizado únicamente se presentaron dos denuncias en 2021 y una en 2022. No obstante, en 2023 el número de denuncias se incrementó hasta 34, esto es, treinta veces más que en años

previos. Finalmente, siguiendo una tendencia idéntica a las dos descritas anteriormente, se encuentra Junín. Así, en dicha región, entre 2019 y 2022, tan solo se presentaron tres denuncias por la comisión de apología del terrorismo. Empero, en 2023, las denuncias reportadas fueron cincuenta.

Con respecto al trámite de dichas denuncias, es decir, si se ha continuado con la investigación, ha sido archivado o derivado y cuáles de ellos han arribado a sentencia, cabe resaltar que el tratamiento de cada uno de los casos ha quedado registrado en los siguientes sistemas informáticos del Ministerio Público: i) sistema de información de apoyo al trabajo fiscal- SIATF; ii) el sistema de gestión fiscal- SGF; y, iii) la bandeja fiscal electrónica.

Así, dicha información ha sido expuesta en la siguiente tabla:

*Tabla 2. Número de denuncias por apología del delito de terrorismo en el sistema de bandeja fiscal (2019-2023)*

| SISTEMA INFORMÁTICO / ESTADO DE LA DENUNCIA | AÑO      |          |          |          |           |
|---|----------|----------|----------|----------|-----------|
|   | 2019     | 2020     | 2021     | 2022     | 2023      |
| <b>SISTEMA DE BANDEJA FISCAL</b>            | <b>0</b> | <b>0</b> | <b>1</b> | <b>8</b> | <b>53</b> |
| En investigación                            | -        | -        | 1        | 8        | 17        |
| Derivado                                    | -        | -        | -        | -        | 10        |
| En impugnación                              | -        | -        | -        | -        | 16        |
| Sentencia                                   | -        | -        | -        | -        | 1         |
| Archivo                                     | -        | -        | -        | -        | 8         |

Fuente: Oficina de racionalización y estadística del Ministerio Público

#### **A. Sistema de bandeja fiscal**

Como es de observar, en el sistema de bandeja fiscal, durante los años 2019 y 2020 no se han registrado casos. Durante el 2021 en dicho sistema únicamente se registró un caso el cual amplía diligencias preliminares en sede policial (100%), es decir, que luego de realizar los actos urgentes e inaplazables de la investigación se emitió el informe policial respectivo. No obstante, se desconoce si luego de ello se continuó con la investigación a cargo de la fiscalía. Durante el 2022, según dicho sistema dos denuncias llegaron a diligencias preliminares en sede fiscal (25%), una a diligencias policiales (12,5%) y en cinco de ellas se formalizó investigación (62,5%).

Hacia 2023 el panorama cambió pues se incrementaron el número de denuncias, no obstante, el mayor número de ellas -dieciséis en total (30%)- incurrió en elevación de actuados. En dicho escenario, se puede concluir que en estos casos hubo un archivo frente al cual la parte agraviada no estuvo de acuerdo. En el segundo grupo de casos, se encuentran seis denuncias que tienen archivo definitivo (11,32%) y cuatro que han sido derivadas (7,5%). En ambos casos implica que el proceso no ha podido proseguir ya sea porque los hechos denunciados no constituyen delito o porque concurre alguna circunstancia que imposibilita el ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, de las 53 denuncias registradas en el sistema de bandeja fiscal el 2023 cinco de ellas han llegado a inicio de diligencias preliminares (9,4%), es decir, encontramos una baja tasa – menos del 10% - de casos de delito de apología del terrorismo en los que el Ministerio Público ha encontrado un nivel de sospecha inicial simple respecto a la comisión del delito de apología del terrorismo. Finalmente, cabe resaltar que en ocho denuncias (15%) se decidió ampliar el plazo de diligencias preliminares a fin de continuar con la investigación, mientras que, de los casos restantes, en dos se formalizó la investigación (3,8%), otro quedó pendiente de ser calificado (1,88%) y el último fue resuelto por el fiscal superior (1,88%).

## B. Sistema de gestión fiscal

*Tabla 3. Número de denuncias por el delito de apología del terrorismo en el sistema de gestión fiscal del Ministerio Público (2019-2023)*

| SISTEMA INFORMÁTICO / ESTADO DE LA DENUNCIA | AÑO      |          |           |          |            |
|---|----------|----------|-----------|----------|------------|
|   | 2019     | 2020     | 2021      | 2022     | 2023       |
| <b>SISTEMA DE GESTIÓN FISCAL</b>            | <b>6</b> | <b>6</b> | <b>16</b> | <b>8</b> | <b>153</b> |
| En investigación                            | -        | -        | 4         | 2        | 99         |
| Derivado                                    | -        | -        | -         | -        | 4          |
| En impugnación                              | -        | 1        | 2         | -        | -          |
| Sentencia                                   | -        | -        | -         | -        | -          |
| Archivo                                     | 6        | 5        | 10        | 6        | 50         |

Fuente: Oficina de racionalización y estadística del Ministerio Público

En este sistema, en el transcurso de 2019 y 2020, han sido registradas once denuncias, de las cuales seis fueron archivadas. Durante el 2021 se registró un total de dieciséis denuncias, no obstante, casi ninguna de ellas llegó a investigación formalizada, pues

diez de ellas (62,5%) se archivaron, mientras que tres fueron derivadas (18,75%), una se fue al archivo (6,25%) y otra sí arribó a sentencia (6,25%).

Durante el 2022, este sistema registró un total de ocho denuncias. De dicho número, seis se encuentran en archivo (75%), una en diligencias policiales preliminares (12,5%) y otra derivada (12,5%). Así, se puede arribar a la conclusión preliminar que durante este periodo temporal ningún caso tuvo un éxito considerable a excepción de la sentencia conseguida en 2021.

Finalmente, en lo que respecta al último año (2023), el sistema de gestión fiscal registra un total de 153 casos los que se están distribuidos de la siguiente manera. El bloque más grande conformado por 58 denuncias (38%) ha sido asignado a diligencias preliminares en sede policial; en segundo lugar, se encuentran los casos con archivo que en total suman cincuenta (32,7%). En tercer lugar, están los casos en los que se ha formalizado investigación, los cuales ascienden a 36 (23,5%), aquí se puede concluir que se ha desembocado a un nivel de sospecha reveladora. Siguiendo en las cifras de 2023, tan solo un caso se ha sobreseído (1,88%), cuatro han sido derivados (7,5%), otro está con denuncia pendiente (1,88%) y el último ha llegado hasta la fase de investigación preliminar (1,88%).

Es el sistema con mayor volumen de denuncias (189). Destaca que más de la mitad siguen en investigación (55.6 %), pero también concentra la mayor tasa de archivo (40.7 %), lo que refleja un alto nivel de procesos sin continuidad.

### C. Sistema de información de apoyo al trabajo fiscal

*Tabla 4. Número de denuncias por Apología del terrorismo en el sistema de información de apoyo al trabajo fiscal (2019-2023)*

| SISTEMA INFORMÁTICO / ESTADO DE LA DENUNCIA              | AÑO      |          |           |          |          |
|--|----------|----------|-----------|----------|----------|
|  | 2019     | 2020     | 2021      | 2022     | 2023     |
| <b>SISTEMA DE INFORMACIÓN DE APOYO AL TRABAJO FISCAL</b> | <b>4</b> | <b>9</b> | <b>48</b> | <b>1</b> | <b>-</b> |
| Investigación  | 4        | 7        | 28        | 1        | -        |
| Derivado   | -        | -        | 20        | -        | -        |
| En impugnación   | -        | -        | -         | -        | -        |
| Sentencia  | -        | -        | -         | -        | -        |
| Archivo  | -        | 2        | -         | -        | -        |

Fuente: Oficina de racionalización y estadística del Ministerio Público

Este sistema es el más antiguo del Ministerio Público, por lo que, a diferencia de los casos anteriores, cuenta con el mayor número de casos registrados durante el período 2019-2021, arrojando las siguientes cifras. En 2019 se computaron cuatro casos, de los cuales dos (50%) arrojaron resultados en diligencias policiales y los restantes se agotaron en dicha etapa (50%).

Hacia 2020 se registró por medio del presente sistema un total de nueve casos de los cuales uno (11%) se quedó en etapa de investigación fiscal, otro se formalizó (11%) y en tres se emitió informe policial que fue elevado a la fiscalía (33,3%). En cuanto al archivo, dos casos de este grupo arribaron allí (22%), otro con investigación policial (11%) y el último con resolución emitida (11%).

En términos globales, más de la mitad de las denuncias (54.6 %) permanecen en investigación, lo cual evidencia una alta tasa de casos aún no resueltos. Casi tres de cada diez (27.8 %) terminan archivadas, es decir, sin prosperar. Una proporción menor se deriva (10.8 %) o se mantiene en etapa de impugnación (6.1 %). Finalmente, solo el 0.3 % llegó a sentencia, lo que revela una bajísima eficacia en la culminación judicial de los casos.

### **2.3.2. El delito de apología del terrorismo desde la defensa del Estado agraviado.**

Para contrastar los datos estadísticos previamente expuestos y examinar cómo los operadores jurídicos del sistema penal —en particular quienes ejercen la defensa jurídica del Estado— interpretan y aplican el tipo penal, se ha considerado la información cualitativa proporcionada por la Procuraduría Antiterrorismo. De este modo, se enriquece la investigación con una perspectiva socio-jurídica aplicada.

Por ello, se procedió a entrevistar<sup>51</sup> al asistente a cargo de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Terrorismo formalmente establecida mediante el Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS, publicado el 23 de noviembre de 2019, como parte de la reestructuración del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado bajo la

---

<sup>51</sup> La entrevista realizada al encargado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Terrorismo no fue obtenida mediante oficio oficial, sino de manera extraoficial, a partir de un pliego de preguntas previamente elaborado por el autor. El representante de la Procuraduría solicitó expresamente la reserva del caso, razón por la cual no se permitió registro alguno en formato audiovisual (ni audio ni video). Por ello, el contenido de la entrevista se encuentra únicamente en forma escrita, en base a las notas tomadas por el investigador durante el encuentro.

creación de la Procuraduría General del Estado a fin de que nos brinde información sobre la persecución de delitos de terrorismo y apología.

Su testimonio aporta información empírica y práctica sobre cómo se interpreta y aplica realmente el artículo 316-A CP en sede procesal y judicial, más allá de la discusión dogmática. Esto permite contrastar el diseño legal con su operatividad concreta en torno a dos aspectos. El primero tendiente a identificar la naturaleza de los casos sobre apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal que dicho despacho conoce en virtud de sus obligaciones, mientras que, el segundo aspecto estuvo relacionado con la relevancia del derecho a la libertad de expresión en la resolución de estos casos.

Con respecto a la incidencia que cada modalidad delictiva del delito de apología de apología del terrorismo tiene en la práctica de la Procuraduría Pública Especializada, se conoció que a nivel nacional *“las tres modalidades se presentan de forma igualitaria, no es que una se presente más que otra. Sin embargo, en redes sociales, la exaltación y el enaltecimiento son la que mayor incidencia revisten”*.

Este testimonio resulta coherente con lo advertido en la doctrina y en los análisis previos sobre las nuevas formas de propagación del discurso terrorista en el ciberespacio, en donde las expresiones de exaltación y enaltecimiento encuentran un terreno fértil debido al anonimato, la masividad y la viralización que ofrecen plataformas como *Facebook*, *Twitter* o *TikTok* (Pastrana, 2019; De Souza, 2020).

En efecto, como ya se señaló en el apartado anterior, el medio digital amplifica la dimensión simbólica de estos discursos, transformando simples mensajes en instrumentos de validación y normalización ideológica, lo que explica que, en la práctica, la Procuraduría identifique en este ámbito una especial concentración de casos de exaltación y enaltecimiento. De este modo, la información empírica brindada por la Procuraduría no solo complementa, sino que confirma la línea doctrinal que asocia la apología contemporánea del terrorismo con un fenómeno de difusión discursiva en entornos virtuales, más que con actos directos de instigación.

En cuanto al contenido de los verbos enaltecer y exaltar que, según el Tribunal Constitucional, en su sentencia N.º 370-2022 del exp. N.º 00005-2020/PI/TC, del 8 de noviembre de 2022, guardan el mismo objetivo, se indicó que en la práctica de la procuraduría pública antiterrorismo estos guardan el sentido dado por dicho Tribunal. De este modo, se hizo énfasis en que al haber sido definido cada verbo estos debían aplicarse de la forma indicada.

En lo concerniente a la diferencia entre los vocablos “enaltecer” y “exaltar”, se sostuvo que *“en la práctica de la procuraduría se aplican estos verbos de la misma forma; esto es, cuando se lleva un proceso de esta naturaleza se aplican los dos verbos en atención a que el Tribunal indica que ambos términos se hallan referidos a la misma finalidad”* (Sentencia N.º 370-2022 del exp. N.º 00005-2020-PI/TC, del 8 de noviembre de 2022). No obstante, también quedó señalado que durante la presentación de la denuncia y en diligencias preliminares se suele imputar ambas conductas sin ningún inconveniente técnico-legal.

En torno al verbo rector “justificar”, la pregunta formulada partió de la consideración doctrinal y jurisprudencial de que esta conducta se configura cuando el emisor pretende otorgar legitimidad a un acto terrorista o a su autor, es decir, cuando busca presentarlos como aceptables, necesarios o moralmente correctos dentro del discurso público. De este modo, se interrogó sobre los criterios que son considerados para verificar que se le ha dado legitimidad a tales actos o sujetos calificados como terroristas.

Empero, frente a tal pregunta el entrevistado se abstuvo de responderla ya que consideró que se trata de una pregunta de opinión cuya respuesta intervendría con sus actividades como funcionario público. Al margen de ello, lo que sí se indicó fue que cuando se aprecia un acto que pretende otorgarle legitimidad a un acto terrorista o un sentenciado por ello, la procuraduría cumple con denunciar el hecho. Ya queda a consideración del Ministerio Público su calificación. Además, se incluyó la información respecto a que de las denuncias presentadas por esta entidad pública casi todas han sido calificadas para abrir investigación preliminar. Al menos un 95% o 96%.

Si bien el entrevistado no pudo indicar el nivel de relevancia que el derecho a la libertad de expresión ha significado para el archivo de casos relacionados a la comisión del delito de apología del terrorismo porque se trata de una pregunta que conlleva un contenido de opinión, sí se indicó que los casos denunciados por la procuraduría en los cuales se ha dispuesto su archivo, se presenta un recurso de elevación de actuados en atención a que ellos consideran que se trata de un delito. Incluso en los casos cuando no ha sido la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Terrorismo quien ha denunciado el hecho, y el Ministerio Pública archiva la denuncia en el marco de las diligencias preliminares, también presentan escrito de elevación de actuados ante el superior fiscal jerárquico para que se reconsidere tal archivo, ya que lo que pretenden es que se agoten los actos de investigación disponibles.

En cuanto a la potencialidad lesiva que la conducta tipificada en el artículo 316-A del Código Penal se planteó la siguiente pregunta: “El TC ha determinado que el derecho a

la libertad de expresión encuentra su límite en aquellos discursos que promuevan la admiración del terrorismo o justifiquen a su autor ya que socavan las bases del Estado democrático. Atendiendo a ello ¿considera Ud. que en los casos en los cuales ha intervenido la procuraduría, el discurso apologético cuenta con la potencial capacidad de atentar contra el sistema democrático? De ser ello así, ¿qué características son tomadas en cuenta a fin de considerar tal potencialidad lesiva?”.

Sin embargo, frente a tal planteamiento el entrevistado sostuvo que no puede responderla pues se exige una valoración personal. Sin embargo, citó el párrafo 51 de la sentencia N.º 370/2022 del Tribunal Constitucional del exp. N.º 00005-2020-PI/TC, del 8 de noviembre de 2022, en el cual se sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto y que por ende requiere únicamente un peligro potencial.

Finalmente, respecto hacia qué grupos y organizaciones terroristas -así como de sus integrantes- van dirigidos los discursos que han sido objeto de procesamiento por considerar que se ha incurrido en la conducta de apología del terrorismo en términos del artículo 316-A del Código penal peruano. Se conoció, a través del entrevistado, que se trata *“principalmente al MRTA y a Sendero luminoso. También a sus líderes Polay Campos y Abimael Gúzman, entre ambos casi el 90%. Los casos de menor incidencia, de manera excepcional, Barrietos o algún otro miembro de la cúpula de las organizaciones antes indicadas”*.

El testimonio recogido muestra que, en la práctica de la Procuraduría, las tres modalidades del delito de apología del terrorismo se presentan de manera similar, aunque en el ámbito de las redes sociales la exaltación y el enaltecimiento tienen mayor incidencia. Este dato empírico coincide con lo que la doctrina ha señalado sobre las nuevas formas de propagación del discurso terrorista en entornos digitales, donde la masividad, el anonimato y la viralización potencian el alcance simbólico de mensajes apologéticos (Pastrana, 2019; Peña, 2018). De este modo, la constatación de la Procuraduría confirma lo advertido en el primer acápite del capítulo II respecto a la transformación del terrorismo en un fenómeno de comunicación, donde la apología ya no se vincula únicamente a la propaganda directa de organizaciones como Sendero Luminoso o el MRTA —característica de las primeras leyes de apología de la década de 1980—, sino también a la circulación de discursos de odio y legitimación en el espacio virtual.

El entrevistado señaló además que, en la práctica procesal, los verbos “enaltecer” y “exaltar” se aplican conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional (STC N.º 370-2022, Exp. N.º 00005-2020-PI/TC, 8 de noviembre de 2022), entendidos ambos con

un mismo objetivo. Este reconocimiento refleja una falta de claridad legislativa inicial, que ha debido ser suplida por la jurisprudencia constitucional. Ello conecta con el debate planteado en el capítulo I sobre la vaguedad del tipo penal y la necesidad de criterios interpretativos más estrictos, en especial para evitar que expresiones críticas o disidentes sean subsumidas indebidamente bajo estas categorías.

En torno al verbo “justificar”, aunque el procurador no pudo emitir opinión, sí reconoció que, cuando se aprecia un discurso que pretende dotar de legitimidad a un acto o autor terrorista, corresponde denunciarlo, quedando a cargo del Ministerio Público su calificación. Esto se corresponde con lo desarrollado previamente sobre la naturaleza de la apología como acto preparatorio punible y no como forma de participación, puesto que la punibilidad se activa no por la incitación directa, sino por la creación de un riesgo simbólico para la vigencia de valores democráticos.

Finalmente, respecto a los destinatarios de los discursos apologéticos procesados, se señaló que estos se concentran mayoritariamente en relación con Sendero Luminoso y el MRTA, así como en sus líderes Abimael Guzmán y Víctor Polay Campos, lo cual confirma que la apología sigue anclada en referentes históricos de violencia política, más que en fenómenos contemporáneos de radicalización global. Sin embargo, este dato debe leerse en conexión con los capítulos anteriores: si bien los referentes siguen siendo clásicos, las formas de propagación han mutado hacia el ciberespacio, lo que revela una tensión persistente entre un tipo penal diseñado bajo lógicas antiguas y un contexto comunicativo completamente nuevo. Esta brecha evidencia la necesidad de un debate doctrinal y jurisprudencial más claro sobre los límites de la apología, su relación con la libertad de expresión y su diferenciación respecto de los discursos de odio en la esfera digital.

### **2.3.2. Análisis de la aplicación del artículo 316-A del Código penal**

Finalmente, el presente acápite tiene como propósito complementar y contrastar la información estadística obtenida del Ministerio Público y el testimonio empírico del procurador público especializado. Mientras que las estadísticas permiten dimensionar la frecuencia y distribución de los casos de apología del terrorismo, y la entrevista aporta una perspectiva institucional sobre la persecución de este delito, el análisis de resoluciones judiciales revela cómo los tribunales concretan la interpretación del tipo penal en casos específicos.

De este modo, se busca articular tres niveles de análisis: (i) el cuantitativo, a partir de los datos proporcionados por el Ministerio Público; (ii) el institucional-práctico, a partir de la visión de la Procuraduría Pública; y (iii) el jurisprudencial, a partir del examen de

decisiones judiciales. Esta triangulación metodológica enriquece la investigación, pues permite no solo identificar tendencias en la aplicación del artículo 316-A CP, sino también evaluar su coherencia con los principios constitucionales de lesividad y libertad de expresión desarrollados en el capítulo I.

Las sentencias analizadas en este acápite fueron obtenidas gracias a la colaboración de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Terrorismo, entidad que, en el marco de sus funciones de defensa jurídica del Estado, facilitó el acceso a copias de resoluciones emitidas por la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Este aporte institucional resultó fundamental para la investigación, pues permitió acceder a material jurisprudencial actualizado y directamente vinculado a los casos en los que el Estado se constituye en parte agraviada. De este modo, se asegura que el análisis no solo se sustente en fuentes doctrinales y normativas, sino también en decisiones judiciales efectivamente aplicadas en la praxis procesal.

### **2.3.2.1. Análisis de la sentencia del exp. N.º 220-2022-3-5501-JR-PE-05**

La sentencia analizada emitida por la Quinta Sala Penal de Apelaciones Nacional en el exp. N.º 220-2022-3-5501-JR-PE-05, del 18 de enero de 2023, muestra cómo el entorno digital transforma la potencialidad lesiva de los discursos apologéticos. Al compartir un mensaje en *Facebook* en el que se lamenta la muerte de Abimael Guzmán, el procesado amplificó su alcance en un espacio que, como ya se sostuvo en el capítulo II, convierte a las expresiones apologéticas en fenómenos masivos y persistentes, facilitando su viralización (Pastrana, 2019). Así, la sala fundamenta su decisión en la doctrina del Tribunal Constitucional, reconociendo que la publicidad digital constituye un factor determinante para la concreción del peligro abstracto.

#### **A. La convergencia entre exaltación y enaltecimiento**

En línea con lo expuesto en la STC N.º 370/2022, del exp. N.º 00005-2020/PI/TC, del 8 de noviembre de 2022, la sentencia judicial interpreta que los actos de “compartir” publicaciones con contenido apologético suponen asumir como propias expresiones que exaltan o enaltecen a condenados por terrorismo. Esto refleja la tendencia jurisprudencial a equiparar ambos verbos rectores, ya señalada en el apartado dogmático anterior, donde se discutió la dificultad de diferenciar en la práctica estos elementos típicos. La jurisprudencia confirma que, más allá de la distinción semántica, lo relevante es la intencionalidad de conferir legitimidad a la figura del terrorista.

## **B. La tensión con la libertad de expresión**

La sentencia también cita la STC N.º 10/2002, del exp. N.º 10-2002-AI/TC, del 3 enero del 2003, la cual estableció parámetros de constitucionalidad para limitar expresiones apologéticas. Este diálogo entre jurisprudencia constitucional y judicial pone en evidencia la tensión entre libertad de expresión y seguridad democrática. Como se desarrolló en el capítulo I, la clave está en el carácter de “peligro abstracto” atribuido al tipo penal, que justifica la restricción anticipada del discurso en la medida en que socava valores fundamentales del sistema democrático. La resolución judicial muestra cómo esta tensión se resuelve en favor de la seguridad, priorizando la protección preventiva de la convivencia democrática frente a posibles riesgos de normalización ideológica del terrorismo.

## **C. Blance crítico**

El análisis de este caso revela la coherencia entre la doctrina constitucional y la praxis judicial, pero también plantea interrogantes. Si bien la sentencia del Exp. N.º 220-2022-3-5501-JR-PE-05, del 18 de enero de 2023 reconoce que basta con un acto de compartir en redes sociales para configurar apología, este criterio podría derivar en una aplicación expansiva del tipo penal. De allí la importancia de articular los límites que se discutieron en los apartados dogmáticos, a fin de evitar que la apología se transforme en un instrumento de persecución de discursos disidentes sin verdadera capacidad incitadora.

### **2.3.2.2. Análisis de la sentencia del expediente N.º 272-2022-6-5001-JT-PE-09**

Al igual que en la sentencia comentada previamente, la Quinta Sala Penal de Apelaciones Nacional en su sentencia del expediente N.º 272-2022-6-5001-JT-PE-09 del 10 de junio de 2024 fundamenta su decisión en la Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N.º 10-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003 y la STC N.º 370/2022 del exp. N.º 0005-2020-PI/TC, del 8 de noviembre de 2022. De esta manera, la Quinta Sala Penal de Apelaciones Nacional se apoya en el marco constitucional para precisar los alcances del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal, especialmente en lo referido a los criterios de publicidad, referencia a hechos efectivamente ocurridos y exaltación de condenados por terrorismo. Esto confirma la función de las sentencias constitucionales como criterios hermenéuticos vinculantes que permiten orientar la praxis judicial más allá de la letra abierta del artículo 316-A del Código Penal.

### **A. La configuración de la apología como acto preparatorio punible**

El caso vuelve a evidenciar el dilema central ya analizado en el capítulo I: la apología del terrorismo, en cuanto se tipifica como acto preparatorio punible, se sitúa fuera de la lógica tradicional de la instigación. El imputado no ejecuta un hecho terrorista ni instiga de modo directo a su comisión, sino que comparte un mensaje que otorga reconocimiento simbólico a un autor condenado. Tal conducta encaja en la categoría de actos de provocación abierta e inespecífica, cuyo reproche penal radica en el peligro de reforzar una ideología criminal y no en una conexión causal con un hecho concreto (Mañalich, 2021; Kindhäuser, 2009). La jurisprudencia de la Sala, al entender que al compartir el mensaje el imputado “hizo suyo” el contenido apologético, consolida este entendimiento expansivo de la punibilidad de actos discursivos.

### **B. La problemática del verbo rector y la equivalencia práctica entre exaltación y enaltecimiento**

La Sala interpreta que compartir en *Facebook* un mensaje que exaltaba la figura de Abimael Guzmán equivale a asumirlo como propio, constituyendo un acto de enaltecimiento y exaltación. Esta equiparación práctica de los verbos rectores ya había sido advertida por el Tribunal Constitucional y discutida doctrinalmente como un problema de tipicidad abierta que debilita la certeza del derecho penal. Como señala Peña (2018), la difusa frontera entre exaltación y enaltecimiento convierte a la apología en un tipo que depende de la valoración judicial del contexto, lo cual puede derivar en riesgos de arbitrariedad. La sentencia muestra que en la praxis nacional la distinción se diluye, aplicándose ambos verbos como equivalentes.

### **C. La tensión con la libertad de expresión en entornos digitales**

El hecho de que el imputado no fuese el autor original del mensaje, sino que únicamente lo compartiese, introduce un debate relevante en torno a la libertad de expresión: ¿basta con la mera difusión acrítica para configurar apología? Como se analizó en el capítulo I al estudiar los límites de los delitos de peligro abstracto, un tipo penal que sanciona actos preparatorios amplios debe justificarse bajo un estándar estricto de proporcionalidad. La sentencia parece asumir la doctrina del “peligro abstracto reforzado” —es decir, basta el potencial de riesgo por la publicidad y alcance del mensaje en redes sociales—, pero deja pendiente el problema de diferenciar entre adhesión ideológica y difusión meramente informativa o satírica.

## **D. Balance crítico: entre la dogmática y la casuística**

El análisis de esta sentencia permite concluir que la praxis judicial peruana aplica de manera consistente la doctrina constitucional, pero refuerza un entendimiento preventivo y expansivo de la apología como acto preparatorio punible. Ello, si bien protege anticipadamente al sistema democrático, corre el riesgo de vaciar de contenido las garantías propias de la libertad de expresión al sancionar expresiones cuyo vínculo con la incitación efectiva resulta débil o inexistente. De allí que la discusión dogmática —sobre el carácter de la apología como provocación punible y sobre el estándar de lesividad exigible en los delitos de peligro abstracto— continúe siendo crucial para ofrecer criterios interpretativos más claros y restrictivos.

### **2.3.2.3. Análisis de la sentencia N.º 214-2022-3-5001-JR-PE-09**

A diferencia de las sentencias comentadas previamente, la Quinta Sala Penal de Apelaciones Nacional en su sentencia del Exp. N.º 214-2022-3-5001-JR-PE-09, del 7 de mayo de 2024, se detuvo en delimitar el contenido semántico de los verbos rectores del artículo 316-A CP. Así, definió enaltecer como ensalzar o atribuir méritos indebidos, exaltar como realzar las virtudes de una persona u organización terrorista, y justificar como el intento de hacer aparecer como lícita o legítima una conducta criminal. Este esfuerzo de precisión dogmática es positivo porque responde a las críticas sobre la vaguedad típica, aunque persiste el problema señalado por la doctrina (Peña, 2018) respecto al riesgo de solapamiento conceptual entre exaltación y enaltecimiento, lo que mantiene la inseguridad interpretativa.

#### **A. La reafirmación del carácter de delito de peligro abstracto**

La sentencia enfatiza que la apología del terrorismo es un delito de peligro abstracto de mera actividad, consumado de forma instantánea y sin requerir resultado alguno. Esta calificación es coherente con la línea del Tribunal Constitucional (STC N.º 370/2022), pero a la vez reabre el debate analizado en el capítulo I sobre los límites del riesgo permitido. Como sostiene Mañalich (2021), la dogmática penal exige que la anticipación punitiva se justifique en razones empíricas sólidas que acrediten que la mera conducta típica —aunque abstracta— puede generar un peligro *ex ante* para el bien jurídico. Sin embargo, la Sala no desarrolla un estándar de idoneidad diferenciado y termina confirmando que basta el uso de un medio público (Facebook), incluso si la publicación no tuvo reacciones ni comentarios, lo que refuerza una lectura expansiva que desdibuja la frontera entre riesgo permitido y peligro jurídicamente relevante.

## **B. La apología como provocación punible**

El análisis del caso confirma la interpretación de la apología como un acto preparatorio punible en la forma de provocación. El acusado no redacta un mensaje, sino que comparte uno existente, asumiéndolo como propio. Esta conducta se aleja de la instigación concreta y se ubica en la categoría de la provocación general e inespecífica, cuya punibilidad, como se discutió en el capítulo I, exige una justificación reforzada por tratarse de un adelantamiento de las barreras de protección penal (Mañalich, 2018; Pastrana, 2019). La Sala, sin embargo, no problematiza este aspecto, sino que directamente equipara el “compartir” con el “hacer suyo” un discurso apologético, confirmando así la amplitud con la que se viene interpretando el artículo 316-A.

## **C. La tensión con la libertad de expresión y el problema de la publicidad**

Un punto especialmente debatido en esta sentencia fue la alegación de la defensa sobre la ausencia de “publicidad” de la conducta, ya que la publicación no generó interacciones. La Sala resuelve que ello es irrelevante, porque al tratarse de un delito de peligro abstracto basta la idoneidad del medio empleado. Esta conclusión revela la tensión estructural entre la protección anticipada del orden democrático y la libertad de expresión: la doctrina del riesgo permitido exigiría valorar no solo la idoneidad abstracta del medio, sino también el contexto real de difusión, pues sancionar publicaciones sin alcance alguno podría implicar una criminalización desproporcionada de expresiones simbólicas sin capacidad real de lesionar el bien jurídico.

## **D. Balance crítico**

En definitiva, la sentencia representa un avance respecto a la precisión de los verbos rectores, pero consolida una lectura maximalista del peligro abstracto, reduciendo el estándar de lesividad exigible y expandiendo la punibilidad de actos de provocación discursiva en redes sociales. Ello confirma que, en la praxis judicial peruana, la dogmática del riesgo permitido y la teoría de los actos preparatorios punibles siguen siendo subutilizadas, lo que genera vacíos de interpretación y abre la puerta a tensiones persistentes con el derecho a la libertad de expresión.

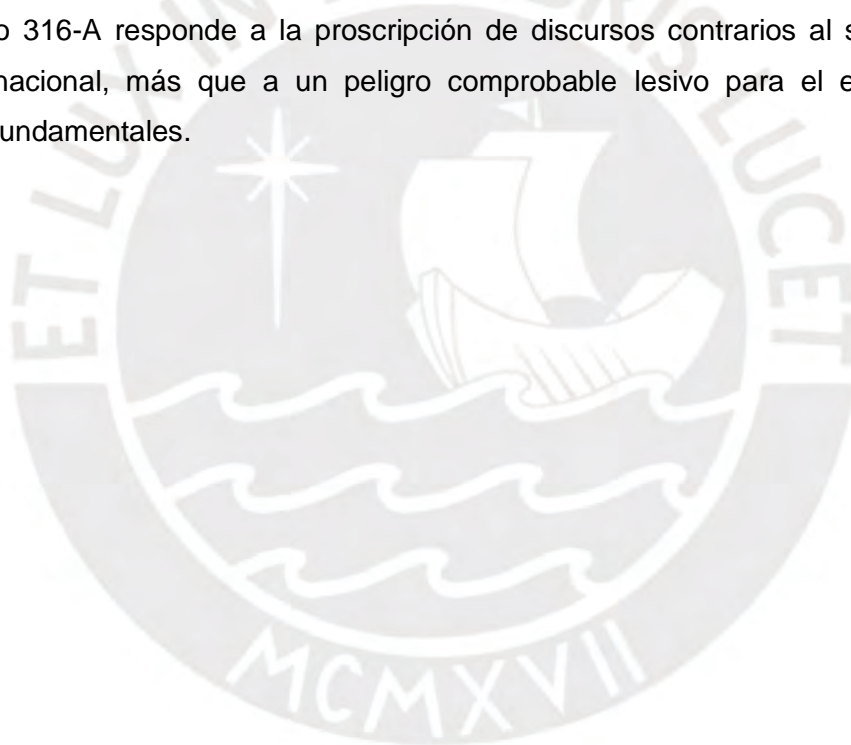
### **2.4. Toma de postura**

A partir de lo desarrollado en las páginas precedentes se ha concluido, en primer lugar, que sí existe un nuevo ámbito de peligrosidad que tiene al ciberespacio como ámbito fundamental en la proliferación de discursos terrorista con fines propagandísticos que además está siendo utilizado para la captación de nuevos miembros. En segundo lugar, que tanto desde el ámbito internacional como en el derecho comparado la realidad

normativa no es ajena a dicha situación y que se han adaptado diversas legislaciones a fin de criminalizar conductas apologéticas orientadas principalmente a grupos terroristas.

Finalmente, en referencia a la aplicación del delito de apología del terrorismo en el Perú, la realidad de las sentencias analizadas, los datos estadísticos obtenidos del Ministerio Público y la información cualitativa brindada por la Procuraduría especializada en delitos de terrorismo demuestran que la aplicación de este delito se halla referida principalmente a la persecución de discursos apologéticos hacia las organizaciones terroristas Sendero Luminoso y el MRTA.

Sin embargo, no se ha evidenciado que este tipo penal este siendo utilizado de modo que se persigan discursos de odio actuales en relación con los nuevos peligros de propaganda terrorista del siglo XXI. Con ello podría llegar a sostenerse que la aplicación del artículo 316-A responde a la proscripción de discursos contrarios al sentimiento colectivo nacional, más que a un peligro comprobable lesivo para el ejercicio de derechos fundamentales.



## CAPÍTULO III

### PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL TIPO PENAL DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO

Las sucesivas páginas están orientadas a plantear una propuesta interpretativa del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal. Es así como, en el desarrollo de dicha propuesta se tomó como punto de partida al derecho a la libertad de expresión y a partir de allí se analizaron las tres bases teóricas planteadas en el primer capítulo: el riesgo permitido, los delitos de peligro abstracto y los actos preparatorios punibles como forma de provocación. En consecuencia, el análisis de cada base teórica descrita es tratada en intersección con la libertad de expresión como derecho fundamental y en base a ello se extraen consecuencias interpretativas aplicables al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano.

Del mismo modo, en la parte final de este capítulo se arriba a una conclusión de aplicación en base a los datos criminológicos obtenidos en el primer y tercer apartado del segundo capítulo. Cabe añadir, además, que la comprensión de los componentes teóricos de riesgo permitido, peligro abstracto y actos preparatorios punibles como forma de provocación se realiza teniendo en cuenta también el contenido del análisis de la doctrina y jurisprudencia del derecho comparado en torno a los delitos apologéticos con la finalidad de dotarle de una mayor solidez y consistencia a la presente propuesta interpretativa de modo que se adecue a las exigencias de una sociedad democrática que respete la libertad de expresión y opiniones disidentes a fin de no incurrir en una excesiva criminalización de conductas.

#### **3.1. Planteamiento general: la libertad de expresión como marco interpretativo del delito de apología del terrorismo**

El presente capítulo tiene por objeto desarrollar una propuesta de interpretación constitucional del artículo 316-A del Código Penal peruano, desde una perspectiva penal garantista que articule su contenido normativo con el derecho fundamental a la libertad de expresión y con los límites propios de la punición de actos preparatorios. A tal efecto, se integrarán los tres pilares teóricos desarrollados a lo largo de esta tesis: el riesgo permitido, los delitos de peligro abstracto y los actos preparatorios punibles en forma de provocación, todos ellos leídos a la luz de la libertad de expresión como derecho institucional propio de un Estado social y democrático de derecho.

Esta propuesta se fundamenta en la necesidad de dotar de coherencia dogmática y legitimidad constitucional a al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal cuya ambigüedad ha sido documentada y desarrollada en el acápite 1.3 y 1.4 de la presente tesis y que, según la evidencia empírica recogida y detallada en el acápite 2.3 del presente trabajo, ha sido aplicado con criterios imprecisos y dispares. En esa línea, se plantea que una lectura restrictiva de la apología del terrorismo debe considerar no solo el contenido del mensaje, sino su conexión funcional con una estrategia comunicativa delictiva, en particular cuando esta integra el lenguaje violento característico del terrorismo.

### **3.1.1. Relevancia del derecho a la libertad de expresión en el delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano**

Para comprender la forma en que debe interpretarse dogmáticamente el delito de apología del terrorismo contenido en el artículo 316-A del Código Penal peruano, resulta imprescindible partir del contenido reconocido en el artículo 2, inciso 5 de la Constitución Política del Perú de 1993 del derecho a la libertad de expresión, entendido no solo como derecho subjetivo, sino como garantía estructural del debate público en un Estado democrático. En efecto, el ámbito de aplicación legítima del tipo penal dependerá de los límites que el ordenamiento permita imponer al ejercicio de este derecho, conforme a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y, en particular, al estándar del riesgo penalmente relevante.

Como se desarrolló en el acápite 1.5 del Capítulo I, la libertad de expresión comprende tanto la emisión de ideas y opiniones como la difusión de información, lo cual ha sido reconocido tanto en el orden constitucional interno (artículo 2.4 de la Constitución Política del Perú de 1993) como en el marco convencional internacional (artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Si bien este derecho no es absoluto, su restricción penal debe responder a criterios estrictos de legitimidad material. Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baruch Ivcher* contra Perú (Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74) toda limitación debe observar un triple juicio de: legalidad, finalidad legítima y necesidad, siendo inadmisibles que el derecho penal se utilice para inhibir expresiones críticas, simbólicas o ideológicamente disidentes.

Que la limitación de la libertad de expresión siga un triple análisis que incluya la legalidad, finalidad legítima y necesidad no solo es exigible desde el plano constitucional, sino que ha sido también reafirmado en el plano dogmático por el Tribunal

Constitucional peruano al declarar inconstitucionales versiones anteriores del delito de apología, por carecer de precisión normativa e incurrir en afectaciones desproporcionadas a la libertad de expresión. En su sentencia del exp. N.º 10-2002-AI/TC del 03 de enero de 2003 en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 que tipificaba el delito de apología del terrorismo, el Tribunal Constitucional advirtió que el tipo penal no delimitaba adecuadamente el objeto de la apología del terrorismo ni especificaba su sentido jurídico, generando un conflicto con el principio de legalidad penal y afectando indebidamente la libertad de expresión.

En ese sentido, y dado que la actual tipificación del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano configura una restricción penal a la expresión de ideas, su interpretación no puede prescindir del contenido sustantivo del derecho fundamental a la libertad de expresión acorde con el contenido del artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política de 1993 que lo consagra. Es decir, el análisis de tipicidad no puede agotarse en una mera subsunción gramatical de la conducta en los verbos rectores “enaltecer”, “exaltar” o “justificar”. Por el contrario, debe valorarse si en el caso concreto el discurso constituye una expresión de ideas con la capacidad de afectar a la tranquilidad pública como bien jurídico, o si representa, en cambio, un ejercicio ideológico no susceptible de generar un riesgo relevante para el bien jurídico protegido.

De lo analizado en la práctica judicial peruana<sup>52</sup>, se advierte, sin embargo, una aplicación acrítica del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal, en la que se sancionan expresiones sin evaluar ni su capacidad provocadora ni su potencial para generar riesgo. Ello conduce a una extensión inconstitucional del tipo penal, y al uso del derecho penal como herramienta de disuasión simbólica.

En consecuencia, el derecho a la libertad de expresión no debe entenderse únicamente como un límite externo a la intervención penal, sino como una norma habilitante de permisión con base constitucional, que orienta y condiciona la interpretación del tipo penal de apología del terrorismo previsto en el artículo 316-A del Código Penal peruano. Dado que este delito sanciona expresiones relacionadas con ideas, opiniones o juicios valorativos, su compatibilidad con el orden constitucional exige que solo puedan ser

---

<sup>52</sup> Para mayor detalle respecto al desarrollo de la práctica judicial nacional del delito de apología del terrorismo ver el apartado 2.3.1 en donde se describe el modo en que la sala penal nacional de apelaciones ha comprendido el presente delito y los alcances típicos que del mismo han sido realizados; en particular, los expedientes N.º 272-2022-6-5001-JT-PE-09; N.º 220-2022-3-5001-JR-PE-05; y, N.º 214-2022-3-5001-JR-PE-09.

penalmente relevantes aquellas manifestaciones que representen una amenaza concreta a la tranquilidad pública como bien jurídico protegido.

En ese sentido, la libertad de expresión actúa como parámetro hermenéutico que impide sancionar discursos ideológicos, simbólicos o disonantes que no generen un peligro objetivamente relevante. Interpretado así, el artículo 316-A solo puede operar válidamente cuando las expresiones enjuiciadas, en su contexto específico, superan el umbral de tolerancia que establece el orden democrático y comprometen de manera real y específica el valor de la convivencia pacífica que subyace en la noción de tranquilidad pública.

### **3.1.2. Proyección de la libertad de expresión sobre cada uno de los elementos del tipo penal del artículo 316-A del Código penal**

Dado que la libertad de expresión constituye un derecho institucional, estructural para la deliberación pública y la vigencia del pluralismo político, su protección debe extenderse incluso a aquellas manifestaciones simbólicas, ideológicas o contra mayoritarias siempre que no vulneren de modo directo el ejercicio de un derecho fundamental por parte de terceros. Por ello, la interpretación de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal debe hacerse desde una lógica restrictiva y garantista, exigiendo que cada elemento típico sea delimitado conforme a criterios de necesidad y proporcionalidad. En esa línea, adquiere centralidad el uso de herramientas dogmáticas que permitan filtrar los discursos realmente lesivos de aquellos que, aunque puedan resultar polémicos o disonantes, permanecen dentro del ámbito de protección constitucional.

En tal contexto, la presente investigación propone un modelo interpretativo del tipo penal construido sobre tres pilares teóricos complementarios: el riesgo permitido, los delitos de peligro abstracto y la provocación como acto preparatorio punible. Cada uno de estos enfoques no se plantea aquí como una categoría teórica cerrada, sino como un instrumento funcional para analizar los componentes del tipo penal de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal a partir del contenido sustantivo de la libertad de expresión.

Desde la perspectiva del riesgo permitido, se parte de la premisa de que no toda creación de riesgo con relevancia social implica tipicidad penal, sino solo aquella que desborda los márgenes normativos de la convivencia tolerada en un Estado democrático de derecho. En tal sentido, el riesgo permitido actúa como una regla habilitante que opera dentro del juicio de imputación objetiva, y cuya función es excluir la tipicidad

cuando la conducta, aunque potencialmente riesgosa, se encuentra social y jurídicamente tolerada.

Aplicado al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal, este criterio permitirá delimitar los supuestos en los que una expresión ideológica o simbólica, aun cuando pueda resultar perturbadora o disonante, no excede los límites del riesgo socialmente permitido y, por tanto, no debe integrar el ámbito de lo penal. Su uso será, por tanto, un instrumento de control de la tipicidad, en tanto posibilita excluir del injusto penal aquellos discursos que, pese a su contenido ideológico, no generan un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido ni para el orden democrático.

Desde la teoría de los delitos de peligro abstracto, la punición se anticipa a la producción del resultado lesivo, en tanto el legislador considera que ciertas conductas generan de manera típica y general un riesgo inadmisibles para bienes jurídicos relevantes. Sin embargo, como se ha sostenido en el primer capítulo (acápito 1.2), su legitimidad constitucional solo puede sostenerse cuando tales tipos se estructuran sobre presupuestos estrictos de taxatividad, determinación del bien jurídico y razonabilidad del riesgo previsto, además de una adecuada relación de necesidad entre la conducta y la finalidad de protección penal.

Aplicado al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal, este enfoque exige examinar si su formulación como delito de peligro abstracto respeta los límites de taxatividad, determinación del bien jurídico y razonabilidad del riesgo previsto. En especial, será necesario determinar si el tipo penal, al sancionar expresiones como “enaltecer” o “justificar”, identifica de manera clara el riesgo típicamente relevante que dichas expresiones suponen, o si, por el contrario, incurre en una formulación abierta, ambigua y carente de exigencias objetivas de peligrosidad.

En este análisis, el juicio dogmático se enfocará en establecer si el artículo 316-A del Código penal y la posterior interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia N.º 3070-2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC del 8 de noviembre de 2022, supera los estándares de constitucionalidad exigibles a los delitos de peligro abstracto, en particular en lo referido al grado de determinación normativa del riesgo y su vinculación real con el bien jurídico protegido.

Por último, la figura de la provocación como acto preparatorio punible, entendida en el contexto del artículo 316-A del Código Penal, permite interpretar el tipo penal de forma restrictiva y compatible con el principio de proporcionalidad, de modo que solo puedan ser sancionadas aquellas expresiones que puedan calificarse como verdaderas

provocaciones delictivas, es decir, como formas de incitación típicamente relevantes al terrorismo o a su justificación operativa. Por tanto, esta categoría funcionará en el presente análisis como criterio hermenéutico estructurador, que impide la criminalización de discursos simbólicos o ideológicos desprovistos de potencial incitador real, y asegura que solo las manifestaciones comunicativas funcionales a los fines del terrorismo puedan ser penalmente relevantes.

De este modo, los tres pilares mencionados permitirán recalibrar el tipo penal de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano desde una perspectiva de constitucionalidad, acotando su aplicación a los casos estrictamente necesarios para proteger a la tranquilidad pública como bien jurídico y excluyendo del ámbito de punición las expresiones que, pese a su contenido ideológico, no suponen un riesgo penalmente relevante. Así planteado, el análisis que sigue no se limita a una crítica formal del tipo, sino que ofrece una reconstrucción dogmática orientada a garantizar la legalidad, proporcionalidad y racionalidad de su aplicación.

### **3.2. Relevancia de la libertad de expresión desde la perspectiva del riesgo permitido**

Atendiendo a la primera base teórica que compone la presente investigación, las sucesivas páginas pretenden determinar el contenido del ámbito de riesgo permitido en función a la libertad de expresión para determinar la tipicidad del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano. De ahí que, en primer lugar, se parte de la noción de riesgo permitido como la presencia de una norma de permisión compuesta a partir del contenido constitucional de la libertad de expresión -entendida desde el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú y del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, descartando para ello nociones de corte utilitarista o de legitimidad histórica, atendiendo, por el contrario, a un análisis de cada caso concreto para identificar si en dicho supuesto concurre o no una norma de permisión de riesgo permitido.

En segundo lugar, el presente análisis se adscribió a determinar cómo se debe desarrollar el juicio de lesividad de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal desde una perspectiva *ex ante*. A partir de ello, se concluyó que, teniendo como punto de partida los aportes del Tribunal Constitucional sobre los elementos configuradores de la apología del terrorismo, tanto en su antigua versión del artículo 7 del Decreto ley N.º 25475, como en la actual tipificación del artículo 316-A del Código penal, en sus sentencias del expediente N.º 010-2002-AI/TC del 03 de enero de 2002 y

del expediente N.º 00005-2020-AI/TC del 17 de noviembre de 2022, es necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia del derecho comparado para complementar el análisis de lesividad de la conducta. Finalmente, se arribó a la determinación de que el desglose de la lesividad del comportamiento requiere necesariamente del contenido del mensaje y el contexto en el que se difunda.

### **3.2.1. La configuración de un discurso como realizador del riesgo típico del delito de apología del terrorismo**

Los sucesivos párrafos tienen como objetivo determinar el modo en que debe configurarse el ámbito de riesgo penalmente relevante en el delito de apología del terrorismo, conforme a la categoría dogmática del riesgo permitido desarrollada en el capítulo I<sup>53</sup>. Bajo esta concepción, la libertad de expresión -en tanto derecho fundamental con reconocimiento constitucional en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 y convencional en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- constituye una norma de permisión que protege las manifestaciones comunicativas incluso cuando estas puedan resultar perturbadoras o ideológicamente disonantes. En ese marco, este análisis busca establecer cuándo un discurso apologético dirigido a hechos o personas vinculadas al terrorismo debe ser considerado como atípico, por estar comprendido dentro del riesgo permitido, y cuándo, por el contrario, desborda ese marco y deviene penalmente relevante.

Para determinar cuándo una expresión vinculada al terrorismo puede configurar un riesgo penalmente relevante -y, por ende, ser subsumida en el tipo penal de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código Penal- es necesario partir de la articulación entre el riesgo permitido y la libertad de expresión como norma de permisión constitucional. Tal como se desarrolló previamente, el riesgo permitido opera como un criterio negativo de tipicidad, es decir, como una exclusión del injusto penal en la medida en que la conducta -aun siendo riesgosa- se encuentra habilitada por el ordenamiento jurídico. En este caso, dicha habilitación no proviene de normas extrapenales técnico-administrativas, como ocurre en el ámbito médico o vial, sino de una norma constitucional de permiso: la libertad de expresión.

---

<sup>53</sup> En dicho apartado se sostuvo que el riesgo permitido debe entenderse como una regla habilitante que excluye la tipicidad objetiva de la conducta cuando esta se encuentra jurídicamente autorizada por el ordenamiento jurídico o por una práctica social tolerada como riesgosa.

Desde esta perspectiva, en base al artículo 2, inciso 4 del Constitución Política del Perú de 1993, toda manifestación expresiva goza, en principio, de protección y su punición solo puede tener lugar cuando se demuestre que ha traspasado el umbral del riesgo no tolerado por el sistema constitucional. Esta interpretación implica que la libertad de expresión delimita el ámbito del riesgo permitido en los delitos apologeticos, no como una excepción a la norma penal, sino como una regla habilitante general que impide la aplicación del derecho penal salvo en casos definidos con estándares de constitucionalidad.

Este enfoque se encuentra respaldado por múltiples fuentes normativas y jurisprudenciales. A nivel constitucional, el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú (1993) protege el derecho a la libertad de expresión, cuyo contenido no puede ser restringido sino mediante normas que cumplan con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. A ello se suma el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y que las restricciones a dicho derecho solo serán válidas si se imponen conforme a una ley, persiguen fines legítimos y resultan estrictamente necesarias en una sociedad democrática.

Esta doctrina ha sido confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos relevantes. En primer lugar, destaca el caso *Baruch Ivcher vs. Perú* (Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 6 de febrero de 2001), en el cual, la Corte IDH analizó medidas administrativas impuestas al periodista por sus críticas al gobierno, y estableció que el derecho a la libertad de expresión es esencial para la democracia, y que toda restricción debe superar un test tripartito de legalidad, finalidad legítima y necesidad.

En segundo lugar, el caso *Kimel vs. Argentina* (Sentencia de 2 de mayo de 2008) es también relevante, pues allí la Corte evaluó una condena penal impuesta a un periodista por calumnias e injurias contra un juez, y concluyó que la sanción penal era desproporcionada ya que desalentaba el debate sobre temas de interés público, contraviniendo el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El tercer caso relevante para configurar el ámbito de riesgo permitido en el delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal viene constituido por la sentencia resolutive de la Corte IDH en el caso *Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso* (Sentencia de 5 de diciembre de 2014). Aquí la Corte IDH condenó la utilización del derecho penal para restringir la libertad de prensa al considerar que las penas privativas

de libertad por delitos cometido en el ejercicio de la función periodística resultan desproporcionadas e innecesarias, afectando la libertad de expresión como pilar del sistema democrático.

De igual modo, el Tribunal Constitucional peruano ha delineado esta perspectiva. En la STC N.º 0010-2002-AI/TC (03 de enero de 2003), al declarar inconstitucional el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475, el TC señaló que las restricciones a la libertad de expresión deben ser interpretadas de forma restrictiva, proporcional y basada en criterios objetivos (párr. 55), y que las normas penales ambiguas vulneran el principio de legalidad. Posteriormente, en la STC N.º 00005-2020-AI/TC (17 de noviembre de 2022), el Tribunal sostuvo que el artículo 316-A es constitucional, siempre que su aplicación esté orientada por un análisis contextual y funcional que valore si el mensaje genera un riesgo penalmente relevante para los valores democráticos y la tranquilidad pública (párrs. 36 y 51).

Desde el plano operativo, entonces, el análisis del riesgo permitido requiere verificar la existencia de una norma jurídica válida que habilite la conducta. En el caso del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código Penal, esa norma proviene: i) del artículo 2.4 de la Constitución Política del Perú; ii) del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos; iii) de la jurisprudencia de la Corte IDH antes citada; y iv) de la interpretación del Tribunal Constitucional peruano. Complementariamente, y aunque no de modo vinculante, los estándares desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también pueden orientar una lectura más garantista.

Por consiguiente, en función a lo expuesto, es posible concluir que una conducta apologética dirigida a hechos o personas vinculadas al terrorismo debe considerarse permitida y, por tanto, atípica, cuando: i) constituya una manifestación expresiva amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión<sup>54</sup>; ii) no se integre funcionalmente en la estrategia comunicativa de una organización terrorista<sup>55</sup>; iii) no genere un riesgo, relevante y objetivamente verificable para la tranquilidad pública como bien jurídico protegido; y iv) no supere el umbral del riesgo no tolerado por el sistema constitucional, conforme al test de legalidad, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática, según la doctrina citada de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional peruano.

---

<sup>54</sup> Conforme a lo reconocido en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>55</sup> Es decir, que no cumpla un rol operativo o instrumental en la difusión de su ideario con capacidad de captación, cohesión o radicalización

Este bloque normativo conforma una regla de permisión que protege expresiones simbólicas, ideológicas o disonantes, incluso si son contra mayoritarias, siempre que no generen un riesgo concreto, relevante y objetivamente verificable para la tranquilidad pública como bien jurídico protegido, ni integren funcionalmente la estrategia comunicativa de una organización terrorista.

Por tanto, la interpretación del artículo 316-A del Código penal exige que, antes de cualquier imputación penal, el operador jurídico determine si la expresión analizada se encuentra amparada por esta regla de permisión. En este análisis *ex ante*, el juez debe considerar el impacto comunicativo del acto apologético expresado. Solo si se acredita que el mensaje ha superado el umbral del riesgo no tolerado -esto es, que ha dejado de ser una expresión protegida y se ha convertido en una conducta con capacidad de afectar de manera objetiva la tranquilidad pública- podrá considerarse típica la conducta como delito de apología del terrorismo.

### **3.2.2. El juicio *ex ante* como exigencia de exclusión de conductas socialmente toleradas**

Una vez delimitado el ámbito del riesgo permitido mediante la libertad de expresión como norma de permisión constitucional, corresponde ahora determinar cómo debe configurarse el riesgo penalmente relevante -o riesgo *ex ante*- en el delito de apología del terrorismo, a partir del contenido del artículo 316-A del Código Penal. Este análisis busca precisar si los verbos que conforman el tipo penal (“exaltar”, “enaltecer” o “justificar”) son por sí mismos suficientes para determinar la existencia de un riesgo típico, o si resulta indispensable la concurrencia de una condición de ilicitud adicional que justifique su punición.

El artículo 316-A del Código penal, como figura agravada del tipo base de apología del delito genérica contenido en el artículo 316 del mismo Código, sanciona a quien “exalta”, “enaltece” o “justifica” actos terroristas o a sus autores. De acuerdo con autores como Peña (2018), Villegas (2022) y la sentencia del Tribunal Constitucional N.º 370-2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC, del 08 de noviembre de 2022, los verbos “exaltar” y “enaltecer” son considerados sinónimos funcionales, orientados a resaltar positivamente las cualidades, acciones o figuras relacionadas con el terrorismo. En cuanto al verbo “justificar”, este se entiende como el intento de excusar o legitimar las acciones delictivas o a sus autores, presentándolos como moral o políticamente válidos (Peña, 2018; Tribunal Constitucional del Perú, 2022).

No obstante, el texto legal del artículo 316-A del Código penal no exige ningún elemento adicional que concrete la peligrosidad del mensaje ni una conexión directa con la incitación al delito. Esta redacción amplia de los verbos “enaltecer”, “exaltar” y “justificar” genera incertidumbre normativa, al no permitir distinguir entre discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión (más allá de que formalmente encuadren en la descripción típica) y expresiones verdaderamente funcionales a la actividad terrorista. En ese sentido, la sola realización de estos verbos no puede considerarse suficiente para afirmar la existencia de un riesgo típicamente relevante.

Frente a este escenario, resulta atendible la propuesta de Mir (2011), quien sostiene que no basta con la mera realización del verbo típico descrito en el tipo penal para configurar un riesgo penalmente relevante. Según esta posición, debe exigirse una condición de ilicitud adicional que incremente el riesgo más allá del contenido expresado. Esta exigencia se justifica en tanto se alinea con la función del riesgo permitido como criterio negativo de tipicidad: si el discurso no desborda el marco de protección constitucional ni concurre una causa que lo excluya de dicho ámbito, no puede considerarse típica ni penalmente relevante la conducta.

En el ámbito nacional, la postura planteada por Mir (2011) se alinea con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 10-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, donde se introdujeron cuatro criterios interpretativos destinados a delimitar la punibilidad de la antigua tipificación de apología del terrorismo contenida en el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475. Estos criterios son: i) que la exaltación recaiga sobre un hecho ya realizado; ii) que dicho hecho haya sido declarado delictivo mediante sentencia firme; iii) que el medio empleado sea idóneo para garantizar la publicidad del mensaje; y iv) que la expresión “afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso” (TC, 2002, párr. 88).

La relevancia de estos elementos no es meramente teórica. Tal como se evidenció en el análisis de la práctica judicial desarrollado en el segundo capítulo de esta tesis (acápites 2.3.1), estos criterios han sido utilizados por algunos órganos jurisdiccionales como parámetros de interpretación para resolver casos relacionados sobre la comisión del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal.

Ahora bien, aunque los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente N.º 10-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, buscan acotar el ámbito de aplicación del tipo penal, presentan dos problemas relevantes. Por un lado, la falta de desarrollo normativo o jurisprudencial sobre cómo interpretar la afectación a

las “reglas democráticas” genera una grave indeterminación en su aplicación (Pastrana, 2019). Por otro, como se evidenció en el análisis casuístico del segundo capítulo, los operadores jurídicos no aplican estos criterios con el rigor exigido, sino que suelen considerar típica cualquier expresión que encaje formalmente en alguno de los verbos del tipo. Esta práctica judicial, al omitir una ponderación seria del contenido, del contexto y de la función del mensaje, vulnera el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad<sup>56</sup>.

Frente a tales deficiencias, el derecho comparado ofrece criterios que pueden fortalecer la interpretación constitucional del tipo penal. En particular, la STC N.º 35/2020 del Tribunal Constitucional español, del 26 de marzo de 2020, analizando una sentencia penal por la comisión del delito de enaltecimiento/humillación de las víctimas o del terrorismo del artículo 578 del Código penal español de 1995, introduce una fórmula precisa basada en el juicio de ponderación conforme al modelo de Alexy, que ha sido adoptado también por Atienza. Esta fórmula requiere que el juez verifique: i) la idoneidad de la medida punitiva para proteger un bien jurídico; ii) su necesidad, es decir, que no haya medios menos lesivos para alcanzar el mismo fin; y iii) su proporcionalidad en sentido estricto, lo cual exige que la restricción no desnaturalice el contenido esencial de la libertad de expresión.

El análisis ponderativo desarrollado por el Tribunal Constitucional español en la STC N.º 35/2020 exige, además, evaluar: el contenido del mensaje, el contexto de emisión, la audiencia destinataria, el medio empleado, la intención del emisor y su posible vinculación con fines terroristas. Solo cuando la expresión traspasa el umbral del riesgo constitucionalmente permitido y configura una incitación funcional al delito puede considerarse típica. De lo contrario, el mensaje debe quedar excluido de la persecución penal.

Esta metodología de análisis integral, basada en criterios como el contenido del mensaje, el contexto de emisión, la audiencia destinataria, el medio empleado, la intención del emisor y su eventual vinculación con fines terroristas, permite delimitar con mayor precisión cuándo una expresión apologética constituye un riesgo penalmente relevante. Tales elementos no solo operan como indicadores funcionales de

---

<sup>56</sup> En este aspecto, es posible destacar la influencia de la doctrina del efecto desaliento, en tanto no solo basta con que el mensaje tenga la posibilidad de contribuir al debate público en una sociedad democrática y tolerante, sino que es necesario determinar si estos mensajes pueden interpretarse como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas y si su penalización podría desalentar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de otros.

peligrosidad, sino que, desde una perspectiva constitucional, resultan esenciales para evaluar si la manifestación comunicativa efectivamente trasgrede los valores democráticos que la libertad de expresión busca preservar.

En este sentido, el marco ponderativo propuesto por la STC 35/2020 del Tribunal Constitucional español complementa y operacionaliza la exigencia formulada por el Tribunal Constitucional peruano en la STC N.º 10-2002-AI/TC, cuando señala que la punición de discursos apologéticos solo puede justificarse si estos afectan de forma objetiva las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso (párr. 88). En consecuencia, ambos enfoques convergen en la necesidad de un juicio contextual que descarte automatismos y asegure que la intervención penal solo recaiga sobre expresiones apologéticas que superen el umbral del riesgo constitucionalmente permitido.

De este modo, para dar cumplimiento a la exigencia del Tribunal Constitucional respecto a que el mensaje apologético “afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso” (STC N.º 10-2002-AI/TC, párr. 88), la interpretación del artículo 316-A del Código penal peruano no puede prescindir de la realidad política y criminológica nacional, pues la función preventiva del derecho penal exige una evaluación contextual del riesgo.

Por tanto, en cada caso concreto, el operador jurídico debe preguntarse si el mensaje expresado representa realmente un apoyo funcional a las actividades actuales del terrorismo, o si se trata de una opinión ideológica desvinculada de un riesgo real. Esta valoración exige no solo un análisis del discurso, sino también del entorno político y comunicativo en el que se produce, tal como ocurre con las expresiones emitidas a través de redes sociales o plataformas digitales.

En síntesis, el riesgo *ex ante* en el delito de apología del terrorismo no puede configurarse únicamente con base en la literalidad de los verbos típicos del artículo 316-A del Código penal peruano. Es necesario determinar si la conducta expresiva desborda el ámbito de la libertad de expresión, mediante la verificación de una condición de ilicitud adicional que la sitúe fuera del riesgo permitido. Para ello, deben considerarse los criterios constitucionales, jurisprudenciales y contextuales que orientan el juicio de imputación objetiva, garantizando así una interpretación conforme al Estado democrático de derecho.

### **3.3. Relevancia de la libertad de expresión desde la perspectiva del peligro abstracto**

Siguiendo la metodología trazada en el anterior apartado, los siguientes acápites están direccionados a tratar el segundo pilar teórico referido al peligro abstracto conforme al contenido de la libertad de expresión. En este sentido, en primer lugar, se analizó las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la apología del terrorismo y cómo su desarrollo no tiene en cuenta las exigencias que los delitos de peligro abstracto requieren en función a los límites que se desprenden del principio de lesividad. En segundo lugar, se desglosaron los contenidos que le otorgan racionalidad y certeza a la aplicación de la apología del terrorismo; para ello se propuso una forma de comprender a la tranquilidad jurídica como bien jurídico que tenga en cuenta al Perú como un Estado plural y la interpretación de los componentes típicos de acuerdo con la forma propuesta de bien jurídico.

#### **3.3.1. La apología del terrorismo como un delito de peligro abstracto y su incompatibilidad con la interpretación del Tribunal Constitucional**

Una adecuada interpretación del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano exige esclarecer su naturaleza como delito de peligro abstracto. En particular, debe determinarse si el tipo penal del artículo 316-A satisface los principios constitucionales que rigen la intervención penal en el ámbito de los discursos, especialmente el principio de lesividad, en concordancia con el contenido protegido del derecho a la libertad de expresión. Este análisis resulta especialmente necesario frente a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú, que ha legitimado la criminalización de discursos apologéticos sin precisar los elementos de riesgo objetivo ni ofrecer una construcción garantista del peligro abstracto.

Desde una perspectiva dogmática, el delito de peligro abstracto se configura cuando el legislador presume que la conducta típica, en virtud de su estructura objetiva, genera un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido. Sin embargo, para que esta presunción no colisione con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, debe constatar que la conducta en cuestión es lesiva de forma generalizable e intrínseca, es decir, que constituye una amenaza real al orden normativo en condiciones típicas de realización (Mañalich, 2021; Feijoo, 2005; Teijón, 2023).

Además, como ha señalado Terradillos (1999), el análisis del peligro abstracto no puede reducirse a una simple valoración *ex ante* de probabilidad, sino que requiere un examen complementario *ex post* sobre los efectos sociales generados, de modo que la

estructura de imputación penal no se vacíe de contenido lesivo. En este sentido, el delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal, solo puede sostenerse como figura legítima si se demuestra que el discurso incriminado constituye una forma efectiva de afectación a la seguridad heterónoma del orden constitucional o la tranquilidad pública.

La jurisprudencia nacional no ha satisfecho estas exigencias. En la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N.º 10-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, el Tribunal sostuvo que la apología del terrorismo “acentúa las consecuencias del terrorismo” y “contribuye a legitimar la acción delictiva”, afirmando que su punición busca salvaguardar “el orden democrático constitucional y el libre desarrollo de la personalidad” (párr. 55). Esta interpretación ha sido reiterada en la sentencia N.º 370-2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC, del 08 de noviembre de 2022, donde el mismo órgano señaló que la finalidad de la apología es “desterrar los discursos que promueven la admiración del terrorismo o justifiquen su comisión o la acción de sus autores” (párr. 2).

No obstante, esta construcción resulta problemática por diversos motivos. En primer lugar, no se explicita de manera tangible de qué modo la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal coadyuva directamente con la actividad delictiva de los grupos armados. Se atribuye a la conducta una peligrosidad simbólica, sin demostrar su capacidad para generar una afectación concreta o constatable al bien jurídico tranquilidad pública. En segundo lugar, se omite el deber de realizar un análisis riguroso de los efectos contextuales y normativos de la expresión, limitándose a una afirmación genérica sobre su supuesta peligrosidad.

Este razonamiento convierte al tipo penal de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal en una infracción de mera actividad, desprovista de lesividad material. Al definir el Tribunal Constitucional, en su sentencia N.º 370-2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC (párr. 55), al peligro abstracto en términos de “peligrosidad potencial general” sin precisar su grado ni su relación con una situación concreta de riesgo, se desnaturaliza la función constitucional del derecho penal y se afecta la seguridad jurídica. El riesgo que plantea el discurso se presume sin exigencias probatorias, y con ello se vulnera el principio de legalidad en su dimensión de taxatividad.

Ello es así en el caso del delito de apología del terrorismo en tanto el ciudadano no puede prever con claridad qué expresiones serán consideradas delictivas debido a la descripción típica del artículo 316-A del Código penal ni el juzgador cuenta con criterios

normativos definidos para constatar el riesgo. En consecuencia, el tipo penal adquiere una estructura abierta, susceptible de ser aplicado con base en valoraciones subjetivas, ideológicas o morales, afectando la seguridad jurídica propia de un Estado constitucional de derecho.

Por su parte, el bien jurídico tradicionalmente señalado para justificar este tipo penal ha sido la tranquilidad pública. Según el propio Tribunal Constitucional -en la sentencia N.º 370-2020 del expediente N.º 0005-2020-AI/TC- esta representa “el estado de percepción cognitiva que tienden a formarse los ciudadanos sobre el marco social donde se desenvuelven”. Esta definición incorpora un componente subjetivo relevante, vinculado a la percepción de seguridad de los individuos en una sociedad democrática.

Sin embargo, esta conceptualización presenta al menos dos problemas. En primer lugar, parte de la premisa implícita de que las condiciones de tranquilidad son homogéneas para todos los ciudadanos, lo cual no se ajusta a la realidad de un país como el Perú, marcado por una diversidad cultural, geográfica, histórica y política significativa. En segundo lugar, no se establece un parámetro normativo que permita determinar con claridad cuándo una expresión afecta realmente esa percepción colectiva de tranquilidad. Esto genera una aplicación arbitraria y desigual del tipo penal, según el contexto subjetivo del juzgador o la sensibilidad del entorno en el que se emite el mensaje.

En consecuencia, la protección penal de la tranquilidad pública exige no solo identificar el contenido lesivo del mensaje, sino también evaluar en qué medida ese contenido, en su contexto específico, representa un riesgo real para la convivencia democrática. De lo contrario, se corre el riesgo de sancionar la mera disidencia política o expresiones ideológicamente incómodas, que forman parte del núcleo esencial del derecho a la libertad de opinión.

Al respecto, es necesario resaltar que las expresiones perseguidas penalmente por apología del terrorismo en el Perú se centran -según información brindada por la Procuraduría Pública Antiterrorista- en menciones a Sendero Luminoso y el MRTA. Sin embargo, la realidad criminológica actual muestra que estas organizaciones carecen hoy de capacidad insurreccional, y que sus remanentes, en el caso de Sendero Luminoso, operan con intereses económicos ligados al narcotráfico (Calle, 2023). Esta constatación demuestra que no todo discurso sobre el terrorismo genera, *per se*, un riesgo jurídico relevante.

Por tanto, el operador jurídico debe considerar la dimensión histórica, comunicativa y social del mensaje para determinar su peligrosidad real. Esta exigencia se vincula con el deber de aplicar un juicio de ponderación, que examine si la restricción penal impuesta resulta idónea, necesaria y proporcional. La STC 35/2020 del Tribunal Constitucional español constituye un referente útil, al exigir la verificación de: i) contenido y contexto del mensaje; ii) importancia institucional del derecho a la libertad de expresión; iii) intencionalidad del emisor; y iv) proporcionalidad estricta en la restricción aplicada.

El reconocimiento del delito de apología del terrorismo como delito de peligro abstracto no exonera al legislador ni al juez de justificar su aplicación conforme a los principios de lesividad y proporcionalidad. Como se ha demostrado, la interpretación del peligro abstracto sostenida por el Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia N.º 370-2022 del expediente N.º 0005-2020-AI/TC, no satisface las exigencias del derecho penal mínimo ni ofrece garantías suficientes contra la criminalización arbitraria de discursos. La sola afirmación de que la apología contribuye a “acentuar las consecuencias del terrorismo” no basta para justificar la punición, sin una evaluación rigurosa del contexto, del contenido del mensaje y de su capacidad real de generar riesgo.

En ese sentido, la categoría de peligro abstracto no puede ser utilizada para obviar el análisis constitucional del discurso ni para sustentar una presunción irrefutable de peligrosidad. Al tratarse de un delito que limita el ejercicio de un derecho fundamental, su configuración típica debe ser interpretada restrictivamente, y su aplicación debe estar sujeta a exigencias reforzadas de justificación. Solo así se evitará que el artículo 316-A del Código Penal se convierta en un instrumento de represión ideológica o de censura indirecta, contrariando los principios de un Estado social y democrático de derecho.

### **3.3.2. Exigencias mínimas de certeza y racionalidad para interpretar la apología del terrorismo como delito de peligro abstracto**

Una vez expuestas las deficiencias teóricas y metodológicas que presenta la interpretación del Tribunal Constitucional de la sentencia N.º 370-2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC, del 08 de noviembre de 2022, respecto al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal como delito de peligro abstracto - especialmente en lo concerniente al uso de un concepto de peligrosidad desprovisto de exigencias normativas claras- corresponde ahora desarrollar una propuesta sistemática que permita dotar de certeza y racionalidad a su configuración dogmática.

Esta propuesta parte de una revisión crítica del bien jurídico protegido “tranquilidad pública”, a fin de evitar que se perpetúe una interpretación meramente simbólica o

emocional que termine criminalizando discursos sin verdadera entidad lesiva. En consecuencia, el presente acápite se orienta a reconstruir el contenido de la tranquilidad pública desde una perspectiva funcional y garantista, compatible con el principio de lesividad y con el rol institucional de la libertad de expresión en un Estado constitucional de derecho.

La calificación de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal como delito de peligro abstracto exige una especial atención a la determinación del bien jurídico protegido, ya que es este el que justifica la anticipación punitiva propia de esta categoría delictiva. En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado que la tipificación de la apología del terrorismo tiene por finalidad evitar la contribución con los fines de las organizaciones terroristas y, más ampliamente, salvaguardar valores constitucionales como la soberanía nacional, la seguridad de la población y el orden democrático (STC N.º 370-2022 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC, párr. 55). No obstante, esta formulación resulta excesivamente genérica y poco delimitada al punto que convierte al solo ejercicio de determinadas expresiones en una amenaza por sí misma, sin precisar cuándo se supera el umbral de peligrosidad que justifique la intervención penal.

Tal abstracción se agrava si se considera que el Perú es un país profundamente plural en términos políticos, culturales y territoriales. Bajo estas condiciones, la invocación a un concepto uniforme de “tranquilidad pública” no resulta adecuada, pues desatiende las distintas percepciones y experiencias de seguridad que pueden existir entre comunidades rurales, sectores urbanos, pueblos originarios, movimientos sociales, grupos políticos disidentes, entre otros. De ahí que, se haga necesario redefinir los alcances del bien jurídico para que su función como criterio de legitimación penal sea compatible con los principios de legalidad, lesividad y proporcionalidad exigibles en un Estado social y democrático de derecho.

En esa línea, se propone reconceptualizar la tranquilidad pública no como una mera percepción subjetiva de calma o cohesión social, sino como una condición de seguridad institucional objetiva. Bajo este enfoque, lo que se protege no es la uniformidad del discurso ni la eliminación de expresiones disonantes, sino la confianza razonable de los ciudadanos en un entorno democrático que les garantice el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales. Esta perspectiva, basada en el pensamiento de Meini (2014), permite desplazar el núcleo del bien jurídico desde la sensibilidad emocional de los destinatarios del mensaje hacia el mantenimiento de las condiciones estructurales e institucionales que hacen posible la convivencia libre y pacífica.

Dicha reformulación tiene importantes implicancias metodológicas. En primer lugar, permite superar el carácter etéreo, emocional o subjetivo con el que ha sido concebido tradicionalmente este bien jurídico. La afectación de este no puede ser medida con base en percepciones individuales o en estándares morales mayoritarios, sino en función de la existencia de un riesgo real y razonable de erosión de la confianza pública en las instituciones democráticas. Esto implica, además, que el delito de apología del terrorismo no se configura únicamente con la realización formal de los verbos típicos (“exaltar”, “enaltecer” o “justificar”), sino que requiere que dicha expresión sea idónea para generar una amenaza concreta a esa base institucional de seguridad.

Por consiguiente, la idoneidad lesiva del comportamiento debe ser analizada a partir de un juicio ponderativo, como el ya desarrollado en el análisis del riesgo permitido, que permita valorar el contenido del mensaje, el medio utilizado para su difusión, la trayectoria e intenciones del emisor, así como el contexto político, cultural y territorial en el que la conducta fue desplegada. Esta exigencia metodológica es especialmente relevante si se considera que, como ya se observó en el acápite anterior, la interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia N.º 370-2020 del expediente N.º 00005-2020-AI/TC ha admitido la punición de expresiones sin requerir un análisis de sus efectos concretos ni de su potencial de daño sobre el orden democrático. Tal postura habilita una presunción de peligrosidad sin exigencias probatorias, lo que compromete gravemente el principio de legalidad en su dimensión de taxatividad.

Desde esta perspectiva, debe entenderse que la configuración del delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal como delito de peligro abstracto requiere, además de la exclusión de la norma de permisión (riesgo permitido), una constatación *ex ante* de que la expresión tiene entidad suficiente para erosionar la confianza institucional. En otros términos, incluso si se determina que la conducta no constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, esto no basta para considerarla típica. Será necesario, además, verificar su idoneidad para afectar la seguridad institucional objetiva del entorno democrático en que fue emitida.

Este estándar de análisis permite compatibilizar la categoría de peligro abstracto con el principio de lesividad. En lugar de sostener que toda exaltación o justificación del terrorismo pone en riesgo la paz social por el solo hecho de ser pronunciada, se exige una fundamentación contextualizada, proporcional y orientada al respeto de los bienes jurídicos individuales. Así, se evita convertir al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal en una figura de mera actividad y se refuerza su aplicación conforme a criterios de racionalidad punitiva.

En consecuencia, se concluye que, para dotar de certeza y legitimidad al artículo 316-A del Código Penal, es necesario que el operador jurídico verifique si el discurso sancionado supera un umbral de idoneidad lesiva respecto a la tranquilidad pública, entendida como seguridad institucional objetiva. Ello exige, en cada caso, un análisis contextual que tenga en cuenta la pluralidad del entorno y el riesgo razonable que plantea la expresión, con el fin de evitar interpretaciones expansivas que vulneren el derecho a la libertad de expresión y distorsionen la función garantista del derecho penal.

En suma, la interpretación de la apología del terrorismo como delito de peligro abstracto no puede descansar en presunciones generales ni en formulaciones vagas del bien jurídico protegido. Si se pretende que esta figura penal conserve validez dentro de un modelo democrático, debe cumplir con estándares mínimos de racionalidad normativa, seguridad jurídica y proporcionalidad.

Para ello, es imprescindible reconceptualizar la tranquilidad pública como una condición de seguridad institucional objetiva, cuyo resguardo no excluye el disenso ni la crítica, sino que exige demostrar, caso por caso, que una determinada expresión posee entidad suficiente para comprometer la estabilidad democrática y los derechos fundamentales. Solo bajo estas condiciones puede afirmarse que la anticipación punitiva que caracteriza al delito de apología del terrorismo es compatible con los principios que rigen el derecho penal en un Estado social y democrático de derecho.

#### **3.4. Relevancia de la libertad de expresión desde los delitos de provocación**

El cuarto apartado de este capítulo se encuentra orientado a tratar la tercera base teórica complementaria del presente trabajo de investigación concerniente a los delitos de provocación. Para ello, el primer paso consistió en repasar la diferencia entre discursos terroristas y discursos sobre el terrorismo propuesta por Cancio (2019) y desde allí se identificó en la legislación nacional las categorías de discursos terroristas que constituyen un legítimo campo de punición. El segundo paso advirtió cual es la función del elemento incitador incorporado por la interpretación desarrollada en el IV Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior Nacional de Justicia penal especializada y su relación con los demás delitos comunicativos sobre discursos terroristas.

En el tercer paso, finalmente, se realizó un análisis crítico del citado pleno jurisdiccional advirtiendo inconsistencias y contradicciones en su argumentación. Luego de ello, a partir de los criterios de delitos de provocación desarrollados por el TEDH, se buscó determinar a cuál de ellos pertenece la interpretación y desarrollo de la apología del terrorismo como delito discursivo. Asimismo, se hizo énfasis en el efecto desaliento que

compone el análisis material de la libertad de expresión, concluyendo que incluso discursos no comprendidos en el ámbito de riesgo permitido por la libertad de expresión, en función de las circunstancias del caso específico puede no ser merecedores de la sanción penal.

#### **3.4.1. Delimitación dogmática del delito de apología del terrorismo como delito de provocación**

Una cuestión central para la interpretación de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano es determinar si su tipificación debe entenderse como un delito de provocación y, por ende, como una forma de punición anticipada cuyo fundamento se encuentra en la aptitud del discurso para incitar a la comisión de delitos terroristas. Esta pregunta cobra especial relevancia si se considera que el ordenamiento peruano no incorpora expresamente en su parte general una conceptualización de los actos preparatorios punibles como la conspiración, la proposición o la provocación, a diferencia del modelo español. Por ello, resulta metodológicamente necesario examinar, desde una perspectiva dogmática y comparada, el rol que cumple la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal nacional como acto comunicativo, y si este requiere, para su validez constitucional, la verificación de un componente incitador que justifique su inclusión como elemento objetivo del tipo penal.

En el derecho penal español, el artículo 18 del Código Penal define la provocación como un acto público de incitación a la comisión de un delito, sancionable solo si tiene por objeto delitos graves. En este contexto, la apología se considera una forma de provocación cuando constituye una incitación directa, pública y específica a delinquir. Sin embargo, el artículo 578 CP español introduce una figura autónoma de “enaltecimiento o humillación del terrorismo”, que puede no requerir tal componente incitador. Esta figura ha sido replicada parcialmente en el ordenamiento peruano mediante la inclusión del artículo 316-A del Código Penal en 2017, lo cual permite inferir que el legislador nacional buscó penalizar expresiones apologéticas incluso sin contenido provocador evidente.

Frente a ello, la doctrina penal ha propuesto una distinción analítica entre discursos terroristas y discursos sobre el terrorismo. El discurso terrorista, según Cancio (2019), constituye una forma de actuación comunicativa que se integra en la estrategia terrorista, en tanto busca generar intimidación, reclutamiento o legitimación de la violencia. En cambio, los discursos sobre el terrorismo -aunque ideológicamente polémicos o moralmente reprochables- no participan funcionalmente en la estructura de

acción delictiva de los grupos armados y, por ende, deben permanecer bajo el amparo de la libertad de expresión.

En la legislación penal antiterrorista peruana, diversas figuras integran actos comunicativos en su núcleo de injusto. El Decreto Ley N.º 25475, por ejemplo, sanciona la entrega de información a grupos terroristas (art. 4, lit. a), el adoctrinamiento de personas (art. 4, lit. d), la instigación a cometer actos terroristas (art. 6), y la conspiración para facilitar el terrorismo (art. 6-B). En todos estos casos, la conducta comunicativa adquiere relevancia penal cuando contribuye funcionalmente a la concreción de los fines terroristas. Sin embargo, el artículo 316-A del Código Penal, al no incorporar expresamente el elemento de incitación ni exigir una conexión directa con la comisión de delitos, presenta un problema interpretativo respecto a su integración dogmática, pues no contribuye a los objetivos de las agrupaciones terroristas del mismo modo en que los delitos citados lo realizan.

La inclusión de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal en este contexto plantea la necesidad de determinar si su estructura responde a un modelo de provocación (es decir, un acto preparatorio punible que anticipa la lesión), o si, por el contrario, constituye una mera incriminación de discursos ideológicamente reprochables, sin capacidad real de afectación al bien jurídico: tranquilidad pública.

En el IV Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada se adoptó un enfoque restrictivo sobre el delito de apología del terrorismo. Según este acuerdo, la conducta típica exige “una incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal”, así como la “aptitud e idoneidad suficiente para generar una situación de riesgo que ponga en peligro, al menos de forma indirecta, el bien jurídico tranquilidad o paz pública”. Este entendimiento aproxima el tipo penal a la estructura dogmática de la provocación del artículo 18 del Código penal español de 1995, al exigir un componente incitador como presupuesto de punibilidad.

Esta postura, aunque valiosa en su esfuerzo por orientar la interpretación hacia el principio de lesividad, presenta ciertas limitaciones. En primer lugar, no define con precisión en qué consiste la situación de riesgo ni cómo debe valorarse su idoneidad lesiva, especialmente en contextos sociales diversos. En segundo lugar, la referencia a la afectación de “las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso” resulta ambigua, ya que corre el riesgo de configurar un argumento circular: se sanciona un discurso por no ajustarse a un modelo ideal de pluralismo, sin verificar

si ese mismo discurso realmente ha afectado derechos de terceros o la convivencia pacífica en el caso concreto.

Frente a las deficiencias mencionadas, resulta necesario recuperar el análisis del elemento provocador como criterio típico objetivo para delimitar el ámbito legítimo de aplicación del artículo 316-A del Código penal. Como se concluyó en el análisis precedente, solo los discursos que operan como formas de provocación -esto es, que incitan directa o indirectamente a una conducta delictiva, y cuya lesividad potencial puede ser razonablemente verificada en el contexto fáctico- pueden ser constitucionalmente sancionados.

Desde esta perspectiva, el discurso apologético debe ser valorado en función de su capacidad para integrarse en la estrategia terrorista como mecanismo de captación, adoctrinamiento o incitación. En ese marco, no basta con la sola expresión favorable a un acto o autor terrorista: se requiere una intención comunicativa provocadora y un riesgo ex ante de afectación a la seguridad institucional o a la convivencia democrática.

En síntesis, la apología del terrorismo, para ser constitucionalmente legítima como delito, debe ser comprendida como una forma de provocación comunicativa. Esta lectura implica exigir un contenido incitador concreto y verificable, enmarcado en un contexto de riesgo para el bien jurídico, interpretado desde una comprensión institucional y plural de la tranquilidad pública. Solo así podrá sostenerse una intervención penal respetuosa del principio de lesividad, la libertad de expresión y la racionalidad del derecho penal en un Estado democrático en la interpretación de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano.

#### **3.4.2. Tendencia del elemento incitador del tipo penal y su relación con la tranquilidad pública como bien jurídico protegido**

Como ha sido desarrollado en los apartados precedentes, la tipificación de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal requiere ser interpretada en clave garantista a fin de delimitar su alcance conforme a los principios de lesividad y legalidad penal. Bajo este marco, la presente sección busca establecer en qué medida la comprensión nacional del elemento incitador se encuentra alineada con los estándares establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de discursos punibles, distinguiendo dos enfoques jurisprudenciales: el denominado *bad tendency test* y el *direct incitement approach*.

Tal distinción resulta determinante para valorar si el contenido lesivo del mensaje apologético debe deducirse de su sola tendencia ideológica o si, por el contrario, exige la verificación de una relación contextual, intencional y potencialmente dañina en términos jurídicamente relevantes conforme al delito de apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal. A partir de esta clasificación, se analizará la posición adoptada por la jurisprudencia peruana, así como las implicancias que su adopción comporta para la libertad de expresión en un Estado democrático.

La doctrina del TEDH ha desarrollado un cuerpo jurisprudencial consistente para determinar cuándo un discurso, incluso amparado en el derecho a la libertad de expresión, puede ser objeto de restricción o sanción penal. De acuerdo con Sottiaux (2022), este tribunal ha oscilado entre dos enfoques diferenciados: i) El *bad tendency test*, según el cual una expresión puede ser objeto de sanción si se considera que promueve, legitima o banaliza hechos socialmente reprobables; y, ii) *El direct incitement approach*, en el que la punibilidad de un discurso requiere demostrar su idoneidad para producir un daño concreto.

Este segundo enfoque se ha consolidado como el estándar preferente del TEDH en sus decisiones más recientes. Sentencias como *Erbakan v. Turkey* (2006), *Dink v. Turkey* (2010), *Stomakhin v. Russia* (2018) o *Gürbüz and Bayar v. Turkey* (2019) han puesto énfasis en que la limitación del discurso por medio del recurso a una sanción penal debe superar una prueba de necesidad y proporcionalidad. El Tribunal ha reiterado que, si bien los Estados cuentan con un margen de apreciación amplio en contextos de terrorismo, cualquier sanción penal sobre expresiones debe estar motivada por un análisis riguroso que evidencie una conexión clara entre el discurso emitido y un efecto nocivo para el orden democrático o la seguridad pública.

En contraposición a los estándares restrictivos del TEDH, la jurisprudencia constitucional peruana ha mostrado una tendencia hacia la criminalización de discursos por su contenido ideológico, sin que necesariamente se exija la verificación de un efecto lesivo concreto. La STC 010-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003 sobre la constitucionalidad del delito de apología del terrorismo del derogado Decreto ley N.º 25475, señala que la apología del terrorismo debe sancionar “los discursos que promueven la admiración del terrorismo o justifiquen su comisión o la acción de sus autores, al socavar el sistema y perturbar los principios que lo fundan”. Esta formulación, al igual que lo señalado en la STC 370-2022 del expediente N.º 0005-2020-AI/TC, del 08 de noviembre de 2022, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 30610 que incorpora el artículo 316-A al Código penal (vigente en la actualidad), parte

de una comprensión en la que el mero acto de enaltecer o justificar a un condenado por terrorismo constituye en sí mismo un riesgo para la tranquilidad pública.

Por su parte, el IV Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, al analizar también el artículo 316-A del Código penal introduce elementos más cercanos al lenguaje del *direct incitement approach* al exigir que el discurso tenga “aptitud e idoneidad suficiente para generar una situación de riesgo” y constituya “una incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal”. No obstante, al momento de determinar qué configura tal situación de riesgo, retoma fórmulas imprecisas como “la afectación a las reglas de tolerancia, pluralidad y búsqueda de consenso”, lo que, en términos prácticos, reproduce el razonamiento del *bad tendency test*, es decir, considera que el contenido del discurso es tomado como elemento suficiente para inferir peligrosidad sin acreditar de forma contextual o intencional el vínculo con una afectación al bien jurídico.

Este enfoque expansivo genera serios problemas desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En primer lugar, diluye el principio de legalidad penal al no establecer criterios objetivos y verificables para determinar cuándo un discurso se convierte en una amenaza punible. Asimismo, al basarse en formulaciones genéricas y apreciaciones ideológicas (como la “admiración” al terrorismo), se corre el riesgo de generar un efecto inhibitorio en el ejercicio de la libertad de expresión, especialmente cuando se trate de discursos disidentes, minoritarios o incómodos para el discurso oficial.

En segundo lugar, como advierten Cancio (2019)<sup>57</sup> y Sottiaux (2022), esta forma de criminalización simbólica termina reforzando una lógica de exclusión en contextos marcados por profundas asimetrías sociales. En el caso peruano, caracterizado por una diversidad cultural, lingüística y territorial, este tipo de enfoque puede convertirse en un instrumento de represión selectiva contra comunidades marginadas, líderes sociales o actores políticos alternativos que, desde el discurso, buscan cuestionar estructuras históricas de poder.

En vista de lo anterior, es necesario que el contenido incitador de la apología del terrorismo del artículo 316-A del Código penal peruano sea interpretado conforme al *direct incitement approach*. Esta aproximación no implica impunidad frente a discursos que realmente generen peligro, sino una mayor exigencia probatoria y argumentativa

---

<sup>57</sup> Este autor realiza tal advertencia cuando analiza el delito de enaltecimiento/humillación de un acto de terrorismo o de sus víctimas del artículo 578 del Código penal español; mientras que Sottiaux (2022) lo advierte desde el análisis de la criminalización de los discursos de odio en la jurisprudencia del TEDH.

para justificar la intervención penal. Se trata, en efecto, de proteger el núcleo esencial de la libertad de expresión -incluso frente a ideas reprochables- siempre que estas no configuren una amenaza real y concreta para el bien jurídico protegido.

En este marco, el análisis de la expresión debe considerar: i) el contexto social, político y geográfico en el que fue emitida; ii) la intención del emisor; iii) el medio y el público al que estuvo dirigido; y, iv) la probabilidad e inminencia del efecto lesivo. Estos criterios deben ser valorados de manera conjunta con el contenido del mensaje, evitando presunciones abstractas o afirmaciones genéricas de peligrosidad.

Además, como se sostuvo en el análisis del riesgo permitido, incluso cuando un discurso esté excluido del ámbito protegido de la libertad de expresión, ello no basta para subsumirlo directamente en el tipo penal. Se requiere la constatación de una afectación potencial, real y contextualizada al bien jurídico (concebido como la seguridad institucional mínima que garantiza el ejercicio libre de derechos fundamentales).

En consecuencia, la comprensión actual del elemento incitador en el delito de apología del terrorismo en el Perú se encuentra más próxima al *bad tendency test*, lo cual resulta problemático para la libertad de expresión y la legitimidad del derecho penal. Frente a ello, resulta necesario adoptar un enfoque más exigente, en línea con *el direct incitement approach* desarrollado por el TEDH, que permita preservar el espacio democrático de expresión y garantizar que la punición penal se aplique solo en casos donde el discurso represente un riesgo real, contextualizado y proporcional para los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes.

### **3.5. Necesidad criminológica de la existencia del delito de apología del terrorismo**

Atender a la necesidad criminológica del delito de apología del terrorismo requiere vincular la evolución contemporánea del fenómeno terrorista con la práctica institucional actualmente observada en el Perú. En esa línea, a partir del análisis desarrollado en el segundo capítulo de este trabajo, se han identificado dos conclusiones principales. La primera de ellas, de alcance global, es que, desde los atentados del 11 de septiembre del 2001, el terrorismo ha experimentado un cambio cualitativo con la incorporación de medios digitales, lo cual ha facilitado la difusión masiva de discursos de incitación, captación y adoctrinamiento, particularmente entre individuos aislados o radicalizados en entornos digitales. En consecuencia, el *ciberespacio* se ha configurado como un canal eficaz para reproducir ideologías violentas que, aunque marginales, poseen capacidad de convocatoria o legitimación simbólica.

La segunda conclusión, de carácter local, es que la persecución del delito de apología del terrorismo en el Perú no se encuentra orientada a neutralizar estos nuevos riesgos, sino que permanece anclada en fenómenos subversivos del siglo pasado, principalmente en relación con Sendero Luminoso y el MRTA. Así, conforme a la información proporcionada por el Ministerio Público y la Procuraduría Especializada, los casos formalizados entre 2021 y 2023 se refieren, en su mayoría, a discursos que exaltan o justifican la actuación de estas organizaciones, sin que exista un nexo verificable con acciones terroristas actuales o con escenarios de riesgo colectivo efectivo.

Sobre este punto, es necesario precisar que, si bien no se puede descartar de forma absoluta la posibilidad de que algunos discursos apologéticos generen un riesgo futuro o se inserten en dinámicas de violencia simbólica, ello no habilita por sí solo la intervención punitiva. De hecho, a pesar del aumento en las denuncias por apología del terrorismo, de 65 casos en 2021 a 206 en 2023, el número de sentencias condenatorias es muy reducido. Esta situación evidencia una brecha entre la expansión formal del tipo penal y su verificación material en sede jurisdiccional, lo que refuerza la idea de que la configuración del riesgo debe atender no solo al contenido del discurso, sino también a sus efectos, al contexto en el que se produce y a la intención de quien lo emite.

En ese sentido, resulta especialmente preocupante que sentencias como la del expediente N.º 214-2022-3-5001-JR-PE-09 se limiten a establecer la tipicidad de la conducta en función del texto difundido, sin realizar un análisis de contexto, ni atender a los elementos del tipo desde una perspectiva de imputación objetiva o del juicio de lesividad. Así, el elemento provocador, que debe ser esencial en delitos que afectan bienes jurídicos colectivos, se subsume de forma implícita a partir de una interpretación formalista, con lo cual se termina por criminalizar el acto de expresión sin verificar su aptitud para incidir en la tranquilidad pública como bien jurídico protegido.

En consecuencia, esta forma de aplicación del artículo 316-A del Código Penal evidencia una lectura sobredimensionada del tipo penal que desatiende el principio de lesividad y los límites materiales del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho. Más aún, en un contexto de desigualdades estructurales como el peruano, estas prácticas pueden derivar en un efecto desaliento que afecta de forma desproporcionada a los sectores sociales con menor acceso a los espacios de poder mediático, simbólico o jurídico. En este escenario, el riesgo no solo es punitivo, sino también epistémico: se termina validando un modelo de discurso público excluyente, en

el que solo se toleran aquellas expresiones compatibles con una narrativa dominante de reconciliación política o de memoria oficial.



## CONCLUSIONES

A partir del desarrollo de la presente investigación orientada a analizar la configuración típica del delito de apología del terrorismo en el artículo 316-A del Código Penal peruano desde una perspectiva compatible con la libertad de expresión como derecho fundamental, se arriba a las siguientes conclusiones:

1. La apología del terrorismo constituye un delito de naturaleza discursiva cuya comprensión sistemática exige integrar los principios del derecho penal mínimo, el principio de lesividad y los estándares reforzados de protección derivados del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos. En tal sentido, no basta con constatar la enunciación de uno de los verbos típicos (exaltar, justificar o enaltecer), sino que resulta imprescindible considerar el contenido, contexto, intención y efectos del mensaje emitido.
2. La evolución legislativa y jurisprudencial del tipo penal en el Perú evidencia una tendencia expansiva que ha debilitado los límites normativos exigibles en un Estado constitucional de derecho. Si bien el bien jurídico protegido ha sido identificado como la “tranquilidad pública”, su configuración tradicional presenta altos niveles de indeterminación, lo cual genera riesgos de inseguridad jurídica y criminalización del disenso político o ideológico.
3. En ese marco, la delimitación del riesgo típico que permite atribuir responsabilidad penal por apología del terrorismo debe partir de la teoría del riesgo permitido, entendida como la existencia de una norma de permisión que excluye la tipicidad. Esta norma debe derivarse del contenido protegido de la libertad de expresión, en tanto derecho fundamental institucionalmente vinculado al funcionamiento democrático.
4. La consideración del delito como una figura de peligro abstracto exige evaluar si la conducta expresiva es intrínsecamente peligrosa para el bien jurídico en términos normativos. Ello implica abandonar criterios puramente subjetivos (como el estado emocional de alarma social) y reconstruir la “tranquilidad pública” como una noción anclada en la confianza objetiva y razonable de los ciudadanos en la estabilidad institucional, adaptada a las condiciones territoriales y culturales específicas del país.

5. El elemento provocador constituye una herramienta esencial para dotar de racionalidad punitiva al tipo penal. En este sentido, la apología del terrorismo debe ser comprendida como un acto preparatorio punible solo cuando la expresión analizada manifieste una intención provocadora real y suficiente para incitar indirectamente a la violencia.
6. El análisis de la jurisprudencia constitucional y ordinaria en el Perú revela una tendencia a adoptar criterios en los cuales se presume la peligrosidad del discurso sin un examen riguroso de sus efectos reales. Esta postura debilita la protección de la libertad de expresión, en especial en contextos de alta desigualdad y pluralidad ideológica, y debe ser revisada conforme a estándares internacionales más garantistas.
7. Finalmente, la presente investigación sostiene que el artículo 316-A del Código Penal solo puede interpretarse de forma constitucionalmente legítima si se exigen criterios de imputación objetiva compatibles con el principio de lesividad. Ello supone incorporar un juicio de ponderación que evalúe si el discurso en cuestión constituye una expresión peligrosamente provocadora, excluida del ámbito protegido por la libertad de expresión y dotada de potencial real para afectar la estabilidad institucional.
8. Estas conclusiones buscan contribuir al debate dogmático y jurisprudencial en torno a la validez, alcance y aplicación de los delitos de expresión, en especial frente al fenómeno del terrorismo, desde una perspectiva comprometida con los principios del derecho penal democrático y el respeto a los derechos fundamentales.

## RECOMIENDACIONES

1. Se recomienda que en los procesos vinculados a la apología del terrorismo se exija, de manera sistemática, un estándar reforzado de imputación objetiva que considere el contexto, el contenido, la intencionalidad del emisor y la idoneidad lesiva del mensaje. Esta práctica garantizaría que las restricciones al derecho a la libertad de expresión respeten el principio de legalidad, el principio de lesividad y el mandato de proporcionalidad que rige toda limitación de derechos fundamentales en un Estado constitucional.
2. Resulta necesario revisar la jurisprudencia existente sobre el artículo 316-A del Código Penal a fin de precisar el concepto de “tranquilidad pública” desde una perspectiva objetiva, institucional y contextual. Ello implica abandonar concepciones subjetivas o emotivas del bien jurídico protegido, y reconducir su contenido hacia la protección del orden democrático como garantía institucional de derechos fundamentales, conforme a los parámetros del Estado social y democrático de derecho.
3. Se recomienda una reforma legislativa del artículo 316-A del Código Penal que incorpore explícitamente la exigencia de un contenido incitador verificable, así como criterios de peligrosidad *ex ante* claramente definidos. La redacción actual presenta serios problemas de vaguedad y ambigüedad, lo cual contraviene el principio de taxatividad penal y deja un margen interpretativo excesivo que afecta la seguridad jurídica y habilita usos expansivos del derecho penal incompatibles con el principio de intervención mínima.
4. Se sugiere promover programas de capacitación permanente para jueces, fiscales y defensores públicos en materia de libertad de expresión, delitos de peligro abstracto y discurso punible, con énfasis en los estándares fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina penal comparada. Una adecuada comprensión del marco internacional contribuirá a decisiones judiciales más garantistas y técnicamente fundamentadas.
5. Se recomienda la elaboración de informes periódicos sobre el impacto de la criminalización de expresiones apologéticas en poblaciones vulnerables y comunidades políticas disidentes, con el objetivo de monitorear los efectos que una aplicación amplia del tipo penal puede tener sobre el pluralismo democrático y la

participación ciudadana. Esto permitirá alertar sobre eventuales vulneraciones al principio de igualdad y al derecho a la libertad de expresión.

6. Se exhorta a seguir profundizando el estudio crítico del delito de apología del terrorismo desde una perspectiva constitucional y de teoría del delito, con énfasis en el análisis dogmático de los elementos típicos y los límites que impone el derecho a la libertad de expresión. El debate académico plural y riguroso es indispensable para enriquecer el diseño normativo y garantizar que la política criminal se mantenga dentro de los marcos de racionalidad y legitimidad que demanda un Estado de derecho.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aba, A. (2001). *La limitación de los Derechos Fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*. Tecnos.
- Alcácer, R. (2022). Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión. *Teorder*, 2022(32), 44-67. <http://doi.org/10.36151/td.2022.037>
- Asúa Batarrita, A. (2002). Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. *En Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (pp. 41–85). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad* (J. M. Valenzuela García, Trad.). Paidós.
- Beltrán, J. (2008). Reconocimiento del derecho de acceso a la información pública y su importancia para el derecho nacional. *Gaceta Constitucional: Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (11), 43-53.
- Bernal, J. (2014). Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación. *Política criminal*, 9(18), 371-399. [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_18/Vol9N18A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A3.pdf)
- Berdugo, I. (2025). La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal. *Revista Penal*, (55), 45-64.
- Bidart, G. (1991). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Astrea.
- Bitencourt, C. R. (2021). O crime de apologia ao crime ou criminoso e a criminalização da cultura periférica. *Jusbrasil*. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-crime-de-apologia-ao-crime-ou-criminoso-e-a-criminalizacao-da-cultura-periferica/1261722517>
- Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial y distribuidora de libros S.A.
- Bramont-Arias, L. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial San Marcos.

- Caro, D. (2001). Las libertades de expresión e información y el rol de los medios de comunicación en el derecho peruano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (2001), 185-206.
- Caballero, M. (2020). Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes. *Revista catalana de drét públic*, (61), 30-49.
- Calle, O. L. (2024). Trazando estrategias: Desafíos y reflexiones sobre el narcotráfico y el terrorismo en el VRAEM 2023. *Revista Seguridad y Poder Terrestre*, 3(1), 75-84. <https://doi.org/10.56221/spt.v3i1.49>
- Cancio, M. (1993). La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46(2), 697–730. <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/297>
- Cancio, M. (2010). *Delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Editorial Reus.
- Cancio, M. (2019). Discurso Terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP). *Revista peruana de Ciencias Penales*, (33), 45-70.
- Castillo, J. (2002). *Principios de derecho penal: Parte general*. Gaceta Jurídica.
- Castillo, L. (2007). Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la Jurisprudencia del TEDH y en la del TC. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, XL (119), 385-347.
- Cerezo, M. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho penal y criminología*, 10(2002), 47-72.
- Clarence Brandenburg v. State of Ohio. (1969, 27 de febrero). Supreme Court of the United States (Earl Warren). <https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/BRANDENBURG-v-OHIO,395-U.S.pdf>
- Claude Reyes v. Chile. (2006, 16 de setiembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (García Ramírez, S.). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)
- Clínica Jurídica per la Justícia Social. (2013). *Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH*. Universitat de València.

- Colegiación obligatoria de periodistas (1985, 13 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Buerghenthal, T.). [http://www.corteidh.or.cr/dcos/opiniones\(seriea\\_06\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/dcos/opiniones(seriea_06_esp.doc)
- Crane, P. (2006). "True Threats" and the Issue of Intent. *Virginia Law Review*, (92), 1226-1277. [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles)
- Creus, C. (1997). *Derecho penal. Parte especial. Tomo 2*. Astrea.
- Cruz, R. (2022). La estructura de las normas en los delitos de preparación. Un estudio a propósito de la legitimidad de la intervención en materia de preparación delictiva. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24(11), 1-37. <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-11.pdf>
- Cuello, E. (1971). *Derecho penal. Parte general (tomo I)*. Casa editorial Bosch.
- Cuerda, M. (2022). La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia. *InDret*, 2(2022), 88-131. 10.31009/InDret.2022.i2.03
- Chermak, S y White, J. (2021). *Terrorism and homeland security*. Cengage learning.
- Chocarro, S. (2017). *Estándares internacionales de libertad de expresión. Guía básica para operadores de justicia en América Latina*. Center for international media assistance.
- De la Jara, A. (2021). *Discurso y terrorismo: límites penales a la expresión en contextos democráticos*. Jurisprudencia y Legislación.
- De Souza, D. (2023). Entre la siembra y el regado de la semilla terrorista: una aproximación a la influencia de la propaganda terrorista en internet. *Revista penal*, (51), 113-128.
- Faúndez, H. (2004). *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos procesales e institucionales (3a ed.)*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Feijoo, B. (2005). Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 307-342.
- Fernández, F. (1994). *La dogmática de los Derechos Humanos*. Jurídicas.

- Flores, A. (2025). Observaciones al fundamento del riesgo permitido. *Revista de Derecho penal y criminología*, 46(120), 253-285.
- Frisch, W. (2015). *La imputación objetiva del resultado: Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. (I. Coca-Vila, Trad.). Marcial Pons.
- Gasser, H. (2002). "Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law". *International Review of the Red Cross*, (847), 2002, 547-558.
- García, J., (2009). ¿Estados fallidos o Estados en crisis? *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 4(1), 201-207.
- García, P. (2013). *Derecho penal. Parte General*. Juristas editores.
- Gavara de Cara, J. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Gonzales, J. y Fernández, A. (2008). Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo. *Teorder*, (3), 34-58.
- Hartleb, F. (2020). *Lone wolfs: the new terrorism of right-wing single actors*. Springer.
- Hamilton, M. (2021) Freedom of Speech in International Law. En Stone, A. y Schauer, F (Eds.), *Oxford Handbook on Freedom of Speech* (pp. 193-212). Oxford University Press.
- Hoffman, B. (2021). The transatlantic alliance and terrorism: aligning responses and cooperation threats and challenges. En Larres, K., Hof, T. (Eds.), *Terrorism and transatlantic Relations: Threats and challenges* (pp. 11-32). Palgrave McMillan
- Huerta. L. (2012). *Libertad de expresión. Fundamentos y límites a su ejercicio* [Tesis de posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Hungría, N. (1959). *Comentarios ao Código penal*. Editora Forense.
- Hurtado, J. (1989). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Hurtado Pozo, J. (1994). Comentario al proyecto de reforma de la legislación antiterrorista. *En Anuario de Derecho Penal 1994*. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/comentario-al-proyecto-de-reforma-de-la-legislacin-antiterrorista-0/>

- Ivcher Bronstein Vs. Perú (1999, 30 de mayo). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cançado Trindade, A. A.). [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.doc)
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación* (J. Cuello Contreras & J. L. Serrano González de Murillo, Trads.). Marcial Pons.
- Kaplan, A. M., & Haenlein, M. (2010). Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media. *Business Horizons*, 53(1), 59–68. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2009.09.003>
- Kindhäuser, U. y Zimmermann, T. (2024). *Derecho Penal parte general*. Tirant lo blanch.
- LaFree, G., & Dugan, L. (Eds.). (2018). *Use of social media by United States extremists: A research brief on PIRUS data, 2011–2016*. National Consortium for the Study of Terrorism and Responses to Terrorism (START), University of Maryland. [https://www.start.umd.edu/pubs/START\\_PIRUS\\_UseOfSocialMediaByUSExtremists\\_ResearchBrief\\_July2018.pdf](https://www.start.umd.edu/pubs/START_PIRUS_UseOfSocialMediaByUSExtremists_ResearchBrief_July2018.pdf)
- Landa, C. (2018). Estado constitucional y terrorismo en el Perú. En F. Muñoz Conde & M. G. Losano (Coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo: Cedant arma togae* (pp. 431–459). Tirant lo Blanch.
- Llobet, M. (2010). *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. La Ley.
- Lozano, M. (2021). *La lucha contra el terrorismo en el marco del sistema de seguridad nacional: El papel de las fuerzas armadas, las centrales de inteligencia y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado*. Aranzadi.
- Luzón, D. (2025). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.
- Mata y Martín, M. (2007). *Delitos cometidos mediante sistemas informáticos: estafas, difusión de materiales pornográficos, ciberterrorismo*. Universidad de Valladolid.
- Mateus, A. (2011). Genocidio y apología del genocidio. En C. G. Castro Cuenca (Ed.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I* (Segunda ed., pp. 9 - 59 ). Editorial Temis.

- Mañalich, J. (2021). Peligro concreto peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 79-100.
- Medina, C. (1996). Libertad de Expresión. *Cuadernos de análisis jurídico. Serie publicaciones especiales*, (6), 145-216.
- Mir, S. (2011). *Derecho penal. Parte general*. Reppertor.
- Moreno-Torres, M., Esquinas, P., Ramos, M., Marín de Espinosa, E., & Zugaldía, J. (2020). *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. Tirant lo Blanch. <https://tirantonline.pucp.elogim.com/cloudLibrary/ebook/info/9788490865354>
- Muñoz, F., y García, M. (2010). *Derecho penal. Parte general (8.ª ed.)*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Orts, E., y González, J. L. (2015). *Compendio de Derecho penal Parte general*. Tirant lo Blanch. <https://tirantonline.pucp.elogim.com/cloudLibrary/ebook/info/9788490043677>
- Pacheco, P. (1975). *Derecho penal especial (Tomo I)*. Temis.
- Pastor, N. (2019). *Riesgo permitido y principio de legalidad*. Atelier.
- Pastrana, M. (2019). Apología del terrorismo y otros delitos afines: Evolución y tendencias en España y en el Perú. *Derecho y sociedad*, (52), 45-58.
- Pawlik, M. (2016). *El injusto del ciudadano: Fundamentos de la teoría general del delito* (H. D. Orozco López, I. Coca Vila & M. D. Lerman, Trads.). Atelier.
- Peces-Barba, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III / Boletín oficial del Estado.
- Pena, W. (2019). El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: "Derecho penal del enemigo". *Revista CEF legal*, (221), 87-136.
- Peña, R. (1992). *Delito de Terrorismo. Comentarios a la nueva legislación antiterrorista*. Ediciones jurídicas.
- Peña, R. (1994). *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*. Laser Graf.
- Peña, R. (2018). *Derecho penal. Parte especial (tomo IV)*. Idemsa.

- Pérez, R. (1995). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.a ed.)*. Tecnos.
- Psychogiopoulou, E. (2024). The fight against digital hate speech: disentangling the EU's regulatory approach and hurdles. *German Law Journal*, 2024(25), 1182-1196. <https://doi.org/10.1017/glj.2024.26>
- Rapoport, D. (2004). The Four Waves of Modern Terrorism. En A. K. Cronin & J. M. Ludes (Eds.), *Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy* (pp. 46–73). Washington, DC: Georgetown University Press.
- Rodríguez, G. (1968). La punición de los actos preparatorios. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (21)2, 277-302.
- Rodríguez, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Rodríguez, D. (2016). *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión cooperación y equidad*. Marcial Pons.
- Romero, J. (2022). *Terrorism: the power and weakness of fear*. Taylor & Francis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo & J. de Vicente Remesal, Trads.; 2.ª ed.). Civitas.
- Rusca, B. (2022). Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica. *Revista chilena de Derecho*, 49(1), 101-126.
- Salinas, R. (2018). *Derecho penal. Parte especial (tomo II)*. Iustitia.
- Schünemann, B. (2012). *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*. Marcial Pons.
- Sentencia 224/2010. (2010, 3 de marzo). Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (Giménez García, J.). <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-224-2010-ts-sala-penal-sec-1-rec-1661-2009-03-03-2010-4416951>

- Silva, J. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas.
- Soler, S. (1987). *Derecho penal argentino (Tomo IV, Parte Especial)*. Tipográfica Editora Argentina (TEA).
- Sottiaux, S. (2022). Conflicting Conceptions of hate speech in the Tribunal Europeo de Derechos Humanos Case Law. *German Law Journal*, 2022(23), 1193-1211. <https://doi.org/10.1017/glj.2022.81>
- Strossen, N. (2019). *Hate: Why We Should Resist it With Free Speech, Not Censorship*. Oxford University Press.
- Teijón, M. (2023). Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25(29), 1-39. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-29.pdf>
- Terradillos, J. (1999). Peligro abstracto y garantías penales. *Nuevo foro penal*, (42), 67-94.
- Terradillos, J. y Gallardo, G. (2016). Delitos contra el orden público. En J. M. Terradillos (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, tomo iii* (pp. 171-178). Iustel.
- Terrones, S. (2020). *Los delitos de expresión en el derecho penal peruano*. Palestra Editores.
- Teruel, G. (2018). Internet, Incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, (3), 1-34. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/341938/433000>
- Torío, A. (1981). Los delitos de peligro hipotético. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 34(3), 825-848.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2020). Lilliendahl v. Iceland (application no. 29297/18). Judgment of 12 May 2020. HUDOC. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203199>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2018). Savva Ternyeyev v. Russia (application no. 67511/17). Judgement of 18 Ago 2018. HUDOC. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209239>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). *Le Pen v. France* (application no. 18788/09). Judgment of 04 Apr 2010. HUDOC <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98489>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). *Gül and others v. Turkey* (application no. 4870/02). Judgment of 08 Jun 2010. HUDOC. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99186>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2009). *Féret v. Belgium* (application no. 15615/07). Judgement of 16 Jul 2009. HUDOC. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93626>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2012). *Vejdeland and others v. Sweden* (application no. 1813/07). Judgment of 09 Feb 2012. HUDOC <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-109046>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2019). *Gürbüz and Bayar v. Turkey* (application no. 8860/13). Judgment of 23 Jul 2019. HUDOC <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-12572>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2020). *Altıntaş v. Turkey* (application no. 31866/09). Judgment of 15 Feb 2020. HUDOC <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103718>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1997). *Zana v. Turkey* (application no. 18954/91). Judgment of 25 Nov 1997. HUDOC <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-7806>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1999). *Sürek v. Turkey* (application no. 26682/95). Judgment of 08 Jul 1999. HUDOC <https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58279>

Tulkens, F. (2014, 8 de julio). When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Conference presentation]. Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers, Strasbourg.

Walker, C. (2017). The War of Words with Terrorism: An Assessment of Three Approaches to Pursue and Prevent. *Journal of Conflict & Security Law*, (22)3, 523-551.

- Walker, C. (2008). Cyber-Terrorism: Legal Principle and the Law in the United Kingdom. *Pennsylvania State Law Review*, 110(3), 625–665.
- Walzer, M. (1977). *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Paidós.
- Weimann, G. (2015). *Terrorism in cyberspace: the next generation*. Columbia University Press.
- Welzel, H. (2002). *Derecho penal alemán* (J. Bustos Ramírez & S. Yáñez Pérez, Trad.). Editorial Jurídica de Chile.
- Van Weezel, A. (2013). Estructura y alcances del injusto típico del delito de desórdenes públicos. En G. Bocksang Hola et al. (Eds.), *Doctrina procesal penal 2012* (pp. 1–20). Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública, Centro de Documentación.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Villavicencio, F. (1983). *Delitos contra la Seguridad Pública. Delito de Terrorismo*. Sesator.
- Villegas, C. (2022). *Apología del delito y libertad de expresión: una aproximación desde el derecho penal democrático*. Legales ediciones.
- Vives, T. (2005). Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo. *Estudios Penales y Criminológicos*, (25), 400-441.