

APUNTES SOBRE LAS MODIFICACIONES REALIZADAS AL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO TRAS LA EMISIÓN DE LA LEY N.º 30610

Cecilia Madrid Valerio*

Walter Palomino Ramírez**

El 19 de julio del presente año, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la **“Ley que modifica el artículo 316 e incorpora el artículo 316-A al Código penal, tipificando el delito de apología de terrorismo”**. Los cambios legislativos realizados a través de la Ley n.º 30610 son los siguientes:

- Se ha incorporado en la redacción del delito de apología los verbos rectores *“exaltar, justificar o enaltecer”*, en reemplazo de la imprecisa expresión: *“hace la apología”*. Se trata así de definir de mejor manera la conducta prohibida y delimitar los alcances del tipo penal; sin embargo —como expondremos más adelante— tal medida no soluciona el conflicto existente entre la proscripción de la apología y el respeto que se debe brindar al derecho a la libertad de expresión.
- El delito de apología sigue presentando un párrafo que agrava la sanción en casos particulares¹, pero no regula más los actos apologéticos del delito de terrorismo. Ahora tal conducta se prohíbe mediante el art. 316-A, donde se castiga a un individuo *“Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace del delito de terrorismo (...)”*. La apología del terrorismo (art. 316-A) es entonces un delito derivado de la apología simple (art. 316 CP). Por tanto, para su configuración no solo debe exigirse la realización de sus particulares circunstancias, sino también las del tipo base.
- En la redacción del delito de apología del terrorismo se excluyó cualquier mención a que la exaltación, justificación o enaltecimiento de un acto terrorista se realice *públicamente*. Esta forma de describir la conducta típica podría conducir a que —desde una interpretación estrictamente literal— se sostenga la existencia de una *“apología en privado”*. Semejante prohibición sería una arbitraria, manifiesta e intensa intromisión en el derecho a la opinión, que de ninguna manera superaría el examen de legitimidad constitucional al que debe ser sometido toda norma penal, a fin de garantizar las libertades de los ciudadanos. Sin embargo, al tratarse de un delito derivado de la apología simple, la exigencia de que el acto apologético se realice públicamente se deberá deducir del tipo base. Pese a esto, lo más acertado será que el legislador corrija dicha omisión.
- Se advierte el claro interés del legislador por incluir distintas agravantes en función del sujeto activo que realiza la conducta proscrita (autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa), la utilización o facilitación de sujetos vulnerables (presencia de menores de edad) o, incluso, al medio usado para su difusión (libros, escritos, imágenes, audios, imprenta, radiodifusión, medios de comunicación social, el uso de tecnologías de la información o de la comunicación, entre otros). No obstante, la amplitud de estas agravantes, usualmente presentes en cualquier acto de apología del terrorismo, vaciaría de contenido el tipo básico, pues ninguna conducta se subsumiría ya en este, sino, casi siempre, en el tipo agravado. Por lo demás, la inclusión de estas modalidades agravadas se realiza sin las suficientes garantías frente al riesgo de una afectación intensa a la libertad de expresión.
- El extremo de la etiqueta de la Ley n.º 30610 donde se señala que **“(…) incorpora el artículo 316-A al Código penal, tipificando el delito de apología de terrorismo”** podría inducirnos a considerar que solo a partir de esta ley se criminaliza la realización de un acto apologético a favor

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Abogado. Magister en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ En el segundo párrafo del art. 316 se establece una agravación del castigo para los casos en que se realice una pública exaltación, justificación o enaltecimiento de un 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 condenada por sentencia firme como autor o partícipe.

del delito de terrorismo, o de una persona que fue condenada por intervenir en un hecho de tales características. Eso es incorrecto, ya que con anterioridad a la emisión de la citada ley, el art. 316 CP contenía una agravante en la que sancionaba la apología del delito de terrorismo con la misma pena que ahora se impone a través del art. 316-A.

- La inhabilitación planteada a modo de castigo por la comisión del delito de apología del terrorismo (2^{do} y 3^{er} párrafo del art. 316-A) es la de incapacidad definitiva, que se encuentra prevista en el inc. 9 del art 36 CP.

Ahora bien, el aspecto más importante que debemos advertir sobre la actual redacción del delito de apología del terrorismo, es que los verbos rectores *“exalta, justifica, legitima o enaltece”* no son suficientes para definir de manera precisa la conducta típica, toda vez que se estaría sancionando un *delito de opinión*, esto es, la disidencia pública o la libre expresión de un pensamiento², lo que colisionaría no solo con el derecho a la libertad de expresión, sino que también le restaría autonomía al individuo, afectándose, además, el principio de ofensividad al castigarse una opinión (libertad de crítica) que no comprende incitación alguna a la comisión de un acto terrorista.

En efecto, con relación a la afectación de la libertad de expresión y la autonomía del individuo, la profesora LLOBET ANGLI es categórica en señalar lo siguiente *“(…) puesto que en última instancia son sus representantes [El Estado], quienes deciden acerca de si los ciudadanos de una democracia deben conocer o no determinadas clases de ideas, creencias o razones, se demuestra la desconfianza en la sociedad para formar sus propias convicciones. Así, se trata a sus miembros como niños o seres inmaduros «necesitados de una protección impropia de un sujeto adulto y responsable»”³.*

La citada autora agrega que *“en un orden político en el que rige el principio de soberanía popular tiene que presuponerse una comunidad de sujetos autónomos, esto es, «de seres que se rigen por su razón y, en consecuencia, han de ser capaces de decidir correctamente por sí mismos, examinando todos los argumentos, incluso los que presuntamente conducen a una solución incorrecta». De este modo, si una tercera persona decide delinquir voluntariamente con base en manifestaciones de otros que son producto de la libertad de expresión y del pluralismo político propios de un Estado democrático, se «rompe el nexo de imputación entre la expresión y el daño»”⁴.*

En ese sentido, cabe indicar que la omisión de la exigencia de la *incitación directa a delinquir* ha sido duramente criticada por un sector mayoritario de la doctrina española que sostiene la inconformidad de la tipificación del enaltecimiento del terrorismo con el marco constitucional. La profesora Rodríguez Montañés señala al respecto lo siguiente:

“Sin duda de ello se deriva —como sostiene la doctrina mayoritaria— que una interpretación estrictamente gramatical del tipo de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), que se conforme con la exteriorización [de] palabras que enaltezcan o justifiquen los delitos de terrorismo a través de cualquier medio de expresión pública o difusión, sin exigir ningún componente incitador ni objetivo (ni incitación directa, ni indirecta), ni subjetivo (no se requiere que el

²LLOBET ANGLI, Mariona. *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2010, p. 442.

³LLOBET ANGLI, Mariona. *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2010, pp. 458 y 459.

⁴LLOBET ANGLI, Mariona. *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2010, p. 459.

dolo abarque más allá del elogio) es inasumible porque no encuentra encaje en nuestro marco constitucional”⁵.

Es indispensable, entonces, que se incorpore la exigencia de una *incitación directa a realizar actos terroristas*⁶, pues así el discurso radical que elogia o enaltece el terrorismo perderá la cobertura democrática del derecho a la libertad de expresión, al convertirse en una incitación a la comisión de un acto terrorista⁷, que será objetivamente idónea para hacer surgir una decisión delictiva. El cumplimiento de este conjunto de condiciones mitigaría el riesgo de que se produzca algún ataque arbitrario al ejercicio legítimo de la libertad de expresión, ya que no se castigaría la *apología de la ideología*, sino la *apología de la ejecución delictiva*⁸.

Tal propuesta se encuentra en sintonía con las exigencias del derecho a la libertad de expresión derivadas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que presentan disposiciones que prohíben —en forma absoluta y permanente— cierta clase de expresiones:

“En efecto, el artículo 20 del Pacto señala que toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley, y que toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley; asimismo, el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, incluso los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. Por consiguiente, estas disposiciones imponen a los Estados la obligación de prohibir determinado tipo de expresiones, y la obligación de abstenerse ellos mismos de toda propaganda o apología de esa naturaleza, o de alentar incitaciones a la violencia o la discriminación”⁹. (resaltado nuestro)

Aunado a ello, también observamos que el Tribunal Constitucional en un determinado momento indicó ciertos aspectos a tomar en cuenta de cara a la correcta interpretación del delito de apología del terrorismo:

“En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena

⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 327.

⁶ Sobre este punto, es pertinente señalar que un sector de la doctrina considera que la libertad de expresión y de opinión, como todos los derechos, no son absolutos, y que tipificar el delito de apología como solo enaltecimiento de actos delictivos tan graves como el terrorismo, no afectaría de manera intensa estos derechos. No obstante, aun cuando en sentido abstracto esta postura puede significar un punto de debate, consideramos que, conforme lo señalamos anteriormente, el Derecho penal en un Estado Social Democrático de Derecho solo debe reaccionar ante conductas especialmente ofensivas que justifiquen la grave intromisión en la libertad de los ciudadanos que significa la imposición de una pena. razón por la cual, para la configuración legítima del delito de apología, además del enaltecimiento, será necesaria la exigencia de una incitación directa a delinquir para el común de los delitos, o de una incitación material, para el caso de los delitos más graves, como el terrorismo.

⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 326 y 327.

⁸ LLOBET ANGLI, Mariona. *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2010, p. 461.

⁹ FAUNDEZ LEDESMA, *Los límites de la libertad de expresión*, p. 270

en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;*
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;*
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,*
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso”¹⁰*

Tales límites se formularon con el concreto objetivo de salvaguardar importantes intereses — como son los derechos a la libertad de información y expresión— ante ciertas interpretaciones del mencionado tipo penal que podrían representar una injerencia desproporcionada e irrazonable en el núcleo esencial de dichas importantes libertades. Nosotros consideramos que, para respetar los *critérios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho*, así como impedir que *cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito*, será necesario que se incorpore la exigencia de una incitación directa a realizar actos terroristas.

En virtud de todo lo mencionado, reiteramos que la inclusión de los verbos rectores “*exalta, justifica, legitima o enaltece*” no es suficiente para sostener que la conducta prohibida se encuentra debidamente acotada de acuerdo a los estándares internacionales, que no solo abogan por la concretización de los límites penales, sino que también exigen que cualquier injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión responda a criterios de estricta necesidad para la estabilidad del sistema democrático.

En resumen, es necesario plantear ciertos cambios en la proscripción del delito de apología, en razón de su importancia para el mantenimiento o perpetuación del propio modelo democrático de gobierno. Tales modificaciones, como hemos indicado, no deben limitarse a introducir unos cuantos verbos rectores, sino a configurar adecuadamente el tipo penal e incluir en el delito de apología la *incitación directa a delinquir* o, incluso, en su versión agravada referida a la apología de actos terroristas, la *incitación material a delinquir*, para así no castigar las meras opiniones que puedan considerarse desagradables.

Lima, 21 de julio de 2017.

¹⁰ STC n.º 010-2002-AI/TC. Caso: Tineo Silva (FJ. 88)