



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

Exp. N° 474-2013-0-5001-JR-PE-02



Sumilla: Hacer apología a una persona condenada por delito de terrorismo, supone un acto de expresión elogiando a la persona por su acto delictual, y tiene como fin propiciar una situación de riesgo con potencialidad suficiente para poner en peligro la paz pública.

Queda fuera el ámbito típico del delito de apología aquellos actos de expresión que exaltan a un condenado por razones distinta a la actividad terrorista; la apología de atributos de la persona -no relacionados con los actos terroristas objeto de la condena-, no se subsume en el tipo penal; en efecto, no se configura una puesta en peligro abstracto del bien jurídico. Lo contrario implicaría generar un ámbito desproporcionado de la intervención del *ius puniendi*.

Lima, veintiséis de abril

De dos mil veintitrés

I. OBJETO DEL PROCESO. El proceso seguido en contra de **ALFREDO VÍCTOR CRESPO BRAGAYRAC**, con DNI N°06113849, **ALBERTO MEGO MÁRQUEZ** DNI N°10404017, **Y OSWALDO ESQUIVEL CAICHO** con DNI N°43125935, como coautores del delito de apología de persona condenada como autor del delito de terrorismo, realizado a través de un medio de comunicación social, previsto en el artículo 316°, inc. 2 del Código Penal, en agravio del **ESTADO**.

Se ha declarado la extinción de la acción penal del acusado Manuel Augusto Fajardo Cavero, debido a su fallecimiento.¹

II. ANTECEDENTES.

El 18 de octubre de 2010, la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial, abrió investigación preliminar² por la venta del '*periódico marxista-leninista-maoísta*'

¹ Sesión 26° del 15 de agosto de 2018, el Colegiado "E" la Sala Penal Nacional

² Fojas 05.



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

Amnistía General', en una marcha de gremios de trabajadores realizada el día 12 de octubre de 2010.

La Policía -DIRCOTE- concluyó en cuatro Partes Policiales sucesivos que **no se advirtió la comisión de un delito vinculado al terrorismo**, así:

- Parte **N°031-2010-DIRCOTE-DIVIES-DEPINUN/S2³**, del 16 de noviembre de 2010, que concluye: «no se ha podido advertir el ilícito penal, relacionado y/o vinculado al Delito de Terrorismo», se basa en el Dictamen N°053-2010-DIRCOTE-EM-UNIASJUR, que considera que: «No se evidencia indicio alguno, que permita presumir la comisión del delito de apología del delito de terrorismo, ni mucho menos la comisión de algún otro ilícito comprendido en el decreto ley N° 25475-ley de terrorismo».
- Parte **N° 049-2010-DIRCOTE DIVIES-PNP⁴**, del 24 de diciembre del 2010, concluye que el periódico contiene «propaganda electoral buscando difundir ideas y planteamientos consignas partidarias a favor del Movimiento por la amnistía y derechos fundamentales», «[...] y no pudiendo advertir hasta la fecha la comisión de ilícito penal (...)».
- **Parte N° 006-2011-Dircote⁵**, del 28 de febrero del 2011, concluye que es el Ministerio Público quien debe señalar si «la frase *El Dr. Guzmán es el más grande intelectual, filósofo y científico, marxista, leninista, maoísta de nuestra época*», constituye delito de apología.
- **Parte N°58-2011-Dircote-PNP⁶**, del 12 de mayo del 2011, concluyó que: «La distribución y venta del periódico «Marxista, Leninista, Maoísta», “Amnistía General” (...) no constituye apología al delito de terrorismo»⁷.
- Por **Resolución Fiscal del 05 de agosto de 2011**,⁸ la Segunda Fiscalía Supraprovincial, resolvió no ha lugar a formalizar denuncia por delito de apología del delito. La Procuraduría interpuso queja contra esta resolución⁹ que

³ Fojas 29-37.

⁴ Fojas 60-68.

⁵ Fojas 83-108.

⁶ Fojas 439-461.

⁷ Se fundamenta en que no se cumple las condiciones establecidas tanto en el artículo 316 del Código Penal como en el fundamento 88 de la sentencia del Tribunal Constitucional N°010-2002-AI/TC del 03 de enero del 2002, conforme se expresa en el cuerpo del presente documento; por consiguiente, no existe responsabilidad alguna en los encargados de la edición, redacción, distribución y venta del mismo.

⁸ Fojas 478-496.

⁹ Fojas 499.



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

fue declarada fundada¹⁰ en parte por la Primera Fiscalía Superior Penal Nacional, que dispuso se amplíe la investigación preliminar.

- Atestado N°16-2013-Dircote-Divinesp-Depinun¹¹, del 12 de mayo del 2011, concluye que «Está demostrado que el periódico “Amnistía General” vendría a ser el aparato de prensa y propaganda del Movimiento por Amnistía y Derechos Fundamentales (MOVADef) y, consecuentemente, de la organización terrorista Sendero Luminoso con los mismo dirigentes y editores».
- La Segunda Fiscalía Provincial formalizó Denuncia Penal,¹² por el delito de apología, previsto en el artículo 316°, inciso 2 del Código Penal¹³. El Segundo Juzgado Penal Nacional,¹⁴ declaró **no haber lugar** a la apertura de instrucción.¹⁵
- La Sala Superior revocó la Resolución N°01, y ordenó se dicte auto de procesamiento¹⁶.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El Ministerio Público imputa¹⁷ los hechos siguientes:

- Se atribuye a **Alfredo Víctor Crespo Bragayrac**, como integrante del Consejo Editorial, **Oswaldo Esquivel Caicho**, como director e integrante del Consejo Editorial y a **Alberto Mego Márquez**, como jefe de Redacción, haber autorizado la redacción y publicación de una frase apologética en un artículo, del periódico *Amnistía General*, “Marxista-Leninista-Maoísta”, edición N°1-Año I del 25 de septiembre de 2010.
- En la página 6 del artículo aparece un artículo titulado “Libertad para Abimael Guzmán, expresamos nuestro júbilo de clase por el matrimonio del doctor Abimael Guzmán Reynoso con la profesora Elena Yparraguirre, felicitándolos

¹⁰ Fojas 519-524.

¹¹ Fojas 566-A – 600.

¹² Fojas 702-717.

¹³ La denuncia fue suscrita por la Fiscal Adjunta Provincial Provisional Wendy Calero Espino.

¹⁴ Resolución del **13 de diciembre 2013**, de Fojas 718-723.

¹⁵ Consideró que: «Lo expuesto en el periódico (...) constituye una opinión que se tiene sobre el sentenciado *Abimael Guzmán Reynoso* con la cual podemos no coincidir y discrepar, pero la Constitución Política en su artículo 2. 4.- consagra entre otros “ La libertad de expresión y de opinión mediante cualquier medio de comunicación” y sólo será reprochable penalmente si esa libertad pone en peligro las reglas mínimas de la convivencia social y pacífica de tal suerte que los pensamientos, las posturas políticas e ideológicas sólo serán reprochables penalmente cuando la conducta “incite a la violencia terrorista u otra acción ilegal similar dirigida al público, lo que en las expresiones cuestionadas por el persecutor del delito no se evidencia; es más, no basta la alabanza sino que ella debe contener la promoción en forma pública a la realización de actos de terrorismo, estando a lo expuesto la conducta imputada a los denunciados no reviste contenido penal (...)»

¹⁶ El 30 de noviembre de 2015,

¹⁷ Fojas 1836-1848



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

con profunda emoción, y nos sumamos a esta alegría popular”, que contiene una frase de contenido apologético:

«El Dr. Guzmán es el más grande intelectual, filósofo y científico, marxista, leninista, maoísta de nuestra época».

- Esta frase exalta y alaba a Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso (c) “Presidente Gonzalo” sentenciado por el delito de terrorismo, en agravio del Estado.
- El periódico se vendió el 12 de octubre de 2010, en la Plaza Bolívar, durante una marcha de la Central General de Trabajadores del Perú y Central Única de Trabajadores.

Segundo Oposición

Los acusados ejercieron su derecho a guardar silencio.

Tercero Hechos no controvertidos.

El Ministerio Público, los imputados y sus defensas técnicas **han arribado a convenciones probatorias** en parte de los hechos que conforman la imputación:

- Que Alfredo Víctor Crespo Bragayrac, integró el Consejo Editorial, Oswaldo Esquivel Caicho, fue director e integró el Consejo Editorial y a Alberto Mego Márquez, fue jefe de Redacción del periódico *Amnistía General “Marxista-Leninista-Maoísta”*, aparecen en esa condición en la edición N°1-Año I del 25 de septiembre de 2010¹⁸.
- En la página 6 aparece el artículo titulado “Libertad para Abimael Guzmán, expresamos nuestro júbilo de clase por el matrimonio del doctor Abimael Guzmán Reynoso con la profesora Elena Yparraguirre felicitándolos con profunda emoción, y nos sumamos a esta alegría popular”, que contiene una frase de contenido apologético:
«El Dr. Guzmán es el más grande intelectual, filósofo y científico, marxista, leninista, maoísta de nuestra época».
- El periódico se vendió el 12 de octubre de 2010 en la Plaza Bolívar, durante una marcha de la Central General de Trabajadores del Perú y la Central Única de Trabajadores. Este artículo fue publicado en las páginas 6 y 7 de la edición N° 1 año 25/09/2010

¹⁸ Resolución de fecha 14 de marzo del 2023, sesión 2



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

El ordenamiento procesal no prohíbe las convenciones probatorias, por tanto, no existe impedimento procesal¹⁹ para que los Jueces aprueben las convenciones probatorias:

“[...] convenciones en el juicio oral. Esta posibilidad está habilitada por el deber de conducción “regular” de la actividad probatoria que tiene el juez [...] pues no puede considerarse regular la actuación de prueba impertinente o inútil (...) De otro lado, es importante tener en cuenta que la aprobación de las convenciones requiere de la aceptación del acusado.”²⁰.

Los elementos de juicio –como fundamento epistémico– corroboran las convenciones probatorias, y el Colegiado las aprobó previa ratificación de los acusados.

Cuarto Valoración probatoria

No obstante, la convención probatoria sobre los hechos, por rigor epistémico se verifica la confirmación o corroboración de los enunciados fácticos de la hipótesis de la imputación, así se tiene:

- a) Está probado que en la portada de la edición N° 1 del Periódico ‘Marxista-Leninista-Maoísta-Amnistía General’²¹ del 25 de septiembre de 2010, aparece una fotografía de Abimael Guzmán Reynoso con el puño en alto, con la descripción: «¡LIBERTAD PARA EL DR. ABIMAEEL GUZMÁN! ¡Amnistía general para civiles, policías y militares! En la página 6 del periódico aparece un artículo titulado: «Libertad para el Dr. Abimael Guzmán. Expresamos nuestro júbilo de clase por el matrimonio del doctor Abimael Guzmán con la profesora Elena Iparraguirre, felicitándolos con profunda emoción y nos sumamos a esta alegría popular». En este artículo, aparece la frase: « [...] El Dr. Guzmán es el más grande intelectual, filósofo, y científico, marxista, leninista, maoísta, de nuestra época».
- b) Como miembros del Consejo Editorial, aparecen: «Manuel Fajardo, Alfredo Crespo, Oswaldo Esquivel», como director: «Oswaldo Esquivel», y como jefe de Redacción: «Alberto Mego» [página 2 del periódico].
- c) Está probado que Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso, fue condenado por el delito de Terrorismo en su modalidad de agravado y homicidio calificado, así se desprende de la Sentencia N°560-03, de fecha 13 de octubre de 2006.²²

¹⁹ El artículo 375.4 del CPP establece el deber de los jueces de conducir regularmente la actividad probatoria, no aplicable al caso pues está sujeto al Código de Procedimientos Penales, pero útil como referencia

²⁰ SANTA CRUZ, Julio César. Técnicas de dirección judicial en el alegato de apertura y en la planificación del juicio penal acusatorio. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, PUCP, Lima, 2020, p. 88.

²¹ Fojas 5

²² Fojas 922 y siguientes



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

- d) Se ha recibido en el plenario oral las declaración de: i) **Luis Fernando Cuba Grecco**,²³ quien elaboró el informe N°049-2010-DIRCOTE-DIVIES-DEPINUN-S2²⁴, y refiere que del contenido del periódico Marxista, Leninista, Maoísta, Amnistía General movimiento por Amnistía de derechos fundamentales, MOVADef, y se concluye que su finalidad era solicitar la “solución a los problemas derivados de la guerra interna”, ii) **José Luis Venegas Torpoco**²⁵, refiere que como Jefe del Departamento verificó la corrección del informe N°401-DIRCOTE-OFINTE-UNIANDIF²⁶, dio su conformidad y lo suscribió; refiere que era un pasquín titulado “Amnistía General” que utilizaba terminología y fundamentos políticos e ideológicos llamando a la “solución política a los problemas derivados de la guerra”, programa que corresponde a la nueva “fracción roja”, que es una forma de difundir su ideología, su política, y puntos de vista de acuerdo a sus políticas conforme a “nueva gran estrategia política” puesto en ejecución por disposición de sentenciado y fallecido terrorista Abimael Guzmán Reynoso.
- e) Se ha practicado dos peritajes a cargo de la perito Ingrid Merizalde Paz²⁷ – perito psicológico, quien refiere i) haber suscrito el Informe Psicológico N° 001-2011-DIRCOTE- PNP-OFICRI²⁸ el objeto pericial fue analizar a nivel psicológico el contenido del periódico Marxista, Leninista Maoísta, concluye que a través de este periódico se trataba de llegar de forma subliminal a los jóvenes votantes para influir en sus decisiones electorales; ii) en el informe N°045-2011 - DIRCOTE- PNP-OFICRI²⁹, concluye que se hacía apología a determinadas ideas y que la foto de Abimael Guzmán Reynoso, en una postura autoritaria y de forma vehemente, pretendía hacer sentir la presencia de Abimael Guzmán Reynoso, a través del MOVADef, con impacto en la juventud.

La defensa del acusado Alfredo Crespo, interpone tacha en contra de la perito psicóloga³⁰, Ingrid Merizalde Paz, tendría interés en el resultado del presente

²³ Sesión 3 de fecha 16/03/23. Enlace:

<https://drive.google.com/file/d/1m41Jy2eUktVqh1BZsBFHOBOP3QNTNuhX/view?usp=sharing>

²⁴ Folios 60/68

²⁵ Sesión 3 de fecha 16/03/23. Enlace:

<https://drive.google.com/file/d/1m41Jy2eUktVqh1BZsBFHOBOP3QNTNuhX/view?usp=sharing>

²⁶ Folios 37/46

²⁷ Sesión 10 – fecha 29/03/23. Enlace:

<https://drive.google.com/file/d/1yGeheiUxZ755GmlvVQoSavL2pwLzdcRu/view?usp=sharing>

²⁸ Fojas 414-416 de fecha 10/03/2011

²⁹ Fojas 470/471 de fecha 08/04/2011

³⁰ En la sesión 29/03/23



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

proceso dado que pretende buscar un resultado favorable a sus intereses, para ser reconocida en su labor por sus superiores jerárquicos, por tanto, carece de imparcialidad. En el caso, de los informes no se desprende contenido incriminatorio pues hace referencia a que la finalidad de esa publicación era incidir en la voluntad de decisión electoral de los jóvenes y, resaltar la presencia autoritaria de Guzmán Reynoso, ese contenido es inocuo para la imputación y la parcialidad referida no tiene relevancia.

- f) Se ha recibido la declaración de Luisa Prisciliana Portilla³¹, refiere que realizó un peritaje Lingüístico³², y el encargo fue analizar la frase: *“el Dr. Guzmán es el más grande intelectual, filósofo científico, Marxista, Leninista, Maoísta de nuestra época”*, señala que el artículo del periódico Amnistía General, así como algunas frases del contenido del periódico consiste en una expresión apologética, debido al uso de la adjetivación.
- g) Se incorporo³³ el Certificado de Depósito Legal N°2010-14630, que corresponde al periódico ‘Amnistía General’, el depositante es el Movimiento por Amnistía y Derechos Fundamentales.
- h) Se incorporó el Acta fundación de la organización política denominada “Por Amnistía y Derechos Fundamentales”³⁴, aparece como secretario general, Manuel Augusto Fajardo Cavero; sub-secretario general, Alfredo Víctor Crespo Bragayrac; y, secretario de prensa y propaganda, Oswaldo Esquivel Caicho. Se consigna que se trata de un “organismo político con carácter de frente único”.
- i) La DIRCOTE, emitió los siguientes partes: **i)** Parte Nro. 19-2010-DIRCOTE-DIVIES-DEPINUN-O³⁵, señala las circunstancias de la venta del periódico denominado “Marxista-Leninista-Maoísta-Amnistía General”, en el contexto de una marcha de gremio de trabajadores, donde se consigna a los acusados como miembros del Concejo Editorial y la jefatura de redacción; **ii)** Informe N°401-DIRCOTE-OFINTE-UNIANDIF³⁶, emitido por la oficina de inteligencia de la DIRCOTE, analiza el periódico Amnistía General y su vinculación con el MOVADEF, y concluye que: «La emisión de este pasquín estaría sirviendo como un medio de agitación y propaganda para continuar con fines y planes partidarios de la

³¹ Sesión 8 de fecha 27/03/23. Enlace:

https://drive.google.com/file/d/1Tryrzi64kaH6Coij_hlga64JEwV_aApm/view?usp=sharing

³² Folios 171/179

³³ Documento, de fecha 22 de febrero de 2013, obra a fojas 655 el Oficio N°078-2013-BNP/DT-BNP

³⁴ de fecha 20 de noviembre de 2009

³⁵ De fecha 13 de octubre de 2010, que obra a fojas 02-03

³⁶ Fojas 37 del fecha 29 de octubre de 2010



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

facción “SP”, a fin de difundir sus planteamientos ideo-políticos, orientados a captar la atención de la opinión pública, defender su ideología, desvirtuar que los actos de violencia que se llevaron en el país son de tipo político, y no terrorismo, así como pregonar su nueva posición de tinte democrático para irrumpir en la vida política del país, con miras a participar en las pasadas elecciones del 03 de octubre de 2010 y de abril de 2011»; **iii)** Parte N°049-2010-DIRCOTE-DIVIES-DEPINUN-S2³⁷, analiza al periódico “Amnistía General” efectuado por la Dirección de Investigaciones Especiales de la DIRCOTE, y concluye que no se puede «advertir hasta la fecha la comisión del ilícito penal», y que «no se descarta, que este medio de difusión y comunicación masiva, sea una vía de utilización en buscar la llegada a las masas populares, sindicatos, universidades, gremios, y tratar de captar adeptos».

- j)** Se ha probado que el Jurado Nacional de Elecciones mediante las Resoluciones: **i)** N°0224-2011-ROP/JNE y **ii)** N°008-2012-ROP/JNE, resolvió: que la solicitud de inscripción del partido político “Por Amnistía y Derechos Fundamentales”, su fundamento es que “adolece de un efecto no subsanable, pues la organización solicitante se define como un organismo que adopta un principio –marxismo-leninismo-maoísmo, pensamiento Gonzalo- cuyo seguimiento implica actos violentos contrarios a la Constitución Política del Estado”. Empero, es extremo no es objeto del debate en este proceso, tampoco si el periódico “Amnistía General” corresponde o no al Movimiento “MOVADDEF”

Quinto. ¿Quaestio facti o Quaestio iuris?

En el caso los hechos están admitidos y probados y se presenta una cuestión de carácter jurídico (interpretación y calificación jurídica)

IV FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero Base normativa

El delito de apología está previsto en el artículo 316° del Código Penal³⁸, señala que:

“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.

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

³⁷ Fojas 60 y siguientes de fecha 24 de diciembre de 2010

³⁸ Modificada por el Decreto Legislativo N°982, publicado el 22 de julio de 2007



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

quince años; imponiéndose trescientos sesenta días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal”.³⁹

Se trata de un delito de peligro abstracto que adelanta las barreras de punición⁴⁰ con la prohibición de actos anticipados en previsión de la realización de probables actos lesivos futuros; el legislador ha empleado el término indeterminado de “apología de la persona que haya sido condenada como su autor del delito de terrorismo”, por tanto, se hace necesario acotar la interpretación de este dispositivo con la finalidad de evitar la punición irrazonable de actos inocuos. Se presenta dos problemas: **i)** de interpretación del dispositivo y, **ii)** de calificación del hecho.

Segundo Problemas de interpretación (justificación externa).

- En jurisprudencia consolidada el Tribunal Constitucional⁴¹ diferencia una disposición normativa de la norma. En el caso, el dispositivo normativo es el enunciado es **“el que hace públicamente apología de la persona que ha sido condenada por delito de terrorismo”**. Un análisis solo textual de la disposición sin considerar el bien jurídico implicado, correspondería a una concepción *in extremo* formalista. Se impone una interpretación teleológica del dispositivo y no una interpretación literal, que daría lugar a interpretaciones extensiva contrarias a la Constitución.⁴²
- La atribución de sentido a este dispositivo exige una interpretación conforme a la Constitución a partir del bien jurídico; empero los conceptos como “tranquilidad pública” o “paz pública”⁴³ como bienes jurídicos son muy

³⁹ «La ‘disposición’ normativa es cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo», mientras que «la ‘norma’ sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones»Guastini, Ricardo. *Disposizione vs. norma*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989

⁴⁰ “El bien jurídico tutelado por la legislación sobre el terrorismo es el régimen político democrático definido por la Constitución, y –entre otros- el elemento que lo caracteriza es la finalidad política y/o ideológica de la agrupación organizada o, en todo caso, del individuo que ejecuta materialmente la conducta prohibida al perseguir finalmente la sustitución o variación violenta del régimen político, ideológico, democrático y constitucionalmente establecido. (Ejecutoria Suprema del 06-10-2004, RN 1462-2004, Lima).

⁴¹ Véase, entre otras, la STC Exp. N°010-2002-AI/TC, así como la STC Exp. N°00017-2011-PI/TC.

⁴² El escenario antes referido se da en el delito de apología, cuya indeterminación (“*El que [...] hace la apología [...]*”) puede invadir el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Si se interpreta desde una exégesis puramente gramatical del precepto, además de carecer de encaje constitucional, puede terminar estableciendo un horizonte inaceptable y excesivamente amplio de castigo, (Alonso Rimo, Alberto. *Apología, Enaltecimiento del terrorismo y principios penales*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, n°4 (2010), p. 38ss.)

⁴³ No ocuparse del bien jurídico, sobre todo en este caso, «conduce a no saber por qué se castiga, y por consiguiente, a no poder determinar el sentido del castigo» Vives Antón, Tomás S. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo*, p. 418.



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

abstractos, y dificultan determinar la probable lesividad del bien jurídico; en efecto, se trata de un delito de peligro abstracto que exige un *juicio de peligro* en el tipo objetivo.⁴⁴

- El acto de apología debe tener la aptitud e idoneidad para generar una situación de riesgo que ponga, al menos de forma indirecta, en peligro el bien jurídico⁴⁵, esto es de la tranquilidad pública o paz pública por «afectación de las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso».⁴⁶
- Conforme precisa el Tribunal Constitucional, la dañosidad social del delito de apología a favor de hechos calificados como terroristas o de sentenciados por tales cargos «radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo la estrategia de los propios grupos armados».⁴⁷
- En ese orden, la “apología a una persona condenada por terrorismo, se interpreta considerando que los componente de apología: **i)** la persona y **ii)** la condena por un acto calificado como delito de terrorismo, estén necesariamente vinculados. Se trata de que la apología sea a una persona por haber cometido el acto terrorista objeto de una condena; en efecto, con esta apología de la persona condenada por terrorismo⁴⁸ se orientaría a la realización –futura- de probables actividades terroristas a que afecten el bien jurídico.
- Si la apología corresponde a otro rol, atributo, virtud o habilidad de la persona diferente al acto terrorista, obviamente no pondrá en probable peligro la tranquilidad pública o paz pública.⁴⁹El juicio de desvalor de la persona es

⁴⁴ Kindhäuser, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*. En InDret 1/2009, p. 9.

⁴⁵ Alonso Rimo, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 64ss.

⁴⁶ Esto queda más claro si conforme a lo establecido en el fundamento 88° de la Sentencia, nos remitimos al artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual «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» [Las cursivas son nuestras]. Debe destacarse, sin perjuicio de lo ya dicho, que sin bien el acto calificado debe de generar una situación de riesgo que ponga, al menos de forma indirecta, en peligro el bien jurídico protegido, esto no debe entenderse como un acto de instigación, como ya estableció el Tribunal Constitucional en el fundamento 84° de la referida sentencia.

⁴⁷ STC Exp. N°010-2002-AI/TC, f.j. 85.

⁴⁸ Aun con toda la incertidumbre que genera la proyección de hechos futuros que en algunos casos linda con la conjetura o adivinanza, por el sello propio de los delitos de peligro abstracto

⁴⁹ Un ejemplo clarísimo un extraordinario jugador de fútbol que haya realizado una actividad delictiva de defraudación tributaria; si la apología está referida a su habilidad extraordinaria como jugador de fútbol, jamás configurará un delito de apología, lo será si el elogio al jugador de fútbol es por el hecho delictivo.



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

porque cometió un acto terrorista, no por otros atributos intelectuales, artísticos, estéticos, etc.

- Solo así es posible determinar qué hecho concretos pueden subsumirse en el supuesto abstracto y genérico de la ley.⁵⁰

Tercero Problemas de calificación y subsunción

El hecho objeto de calificación es la frase *El Dr. Guzmán es el más grande intelectual, filósofo y científico, marxista, leninista, maoísta de nuestra época.*

Los criterios para la calificación son:⁵¹

- Que la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito de terrorismo por sentencia firme.
- Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, como vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

Hacer apología a una persona condenada por delito de terrorismo, supone un acto de expresión elogiando a la persona por su acto delictual, y tiene como fin propiciar una situación de riesgo con potencialidad suficiente para poner en peligro la paz pública.

Queda fuera el ámbito típico del delito de apología aquellos actos de expresión que exaltan a un condenado por razones distintas a la actividad terrorista;⁵² la apología de atributos de la persona -no relacionados con los actos terroristas objeto de la condena-, no se subsume en el tipo penal; en efecto, no se configura una puesta en peligro abstracto del bien jurídico. Lo contrario implicaría generar un ámbito desproporcionado de la intervención del *poder punitivo*.

En el caso la afirmación de que Guzmán Reynoso es *el más grande intelectual, filósofo y científico, marxista, leninista, maoísta de nuestra época*, exalta, atributos intelectuales y su conocimiento de la ideología marxista, leninista y maoísta, que es opinión de los acusados, pero ello no constituye una incitación, directa o indirecta, de los actos por los que se condenó a la persona de Abimael Guzmán Reynoso. Se trata del ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁵³.

⁵⁰ Bustos Ramírez, Juan J.; Hormazabal Malarée, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, vol. I, p. 96.

⁵¹ El TC en la sentencia STC Exp. N°010-2002-AI/TC

⁵² Alonso Rimo, Alberto. *Ob.cit.*, pp. 41-42.

⁵³ Fundamento 69 de la Sentencia de la CIDH, del 25 de febrero del 2001 (Caso "Ultima Tentación de Cristo") cita una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que:



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

Cuarto Derecho penal de autor y criminalización de las ideologías

En la Sentencia expedida en el proceso N°560-03 [*Megaproceso*], se considera lo siguiente: «*Hemos de dejar claramente establecido, que no se ha juzgado ni se va a dictar sentencia contra una organización política, ni contra una ideología [...] sino que se ha juzgado y se va a emitir pronunciamiento respecto de las concretas conductas atribuidas a los procesados*»⁵⁴. Esto es, Guzmán Reynoso no fue condenado por haber sido (o no) marxista, leninista o maoísta, sino por concretos actos imputados. En efecto, ser marxista, leninista, maoísta, *per se* no configura un hecho delictivo, una opción interpretativa diferente configuraría un Derecho penal de autor que reprimiría la opciones ideológicas.

El Derecho Penal de autor es contrario al Estado Democrático de Derecho; por tanto, no se debe criminalizar meras simpatías ideológicas no vinculadas directamente a actos de terrorismo, máxime si no es objeto de juzgamiento: **i)** la adscripción de una persona a una ideología, **ii)** tampoco determinar el carácter delictivo de una determinada ideología, y **iii)** no se juzga la afiliación o afinidad de los acusados a una determinada organización (en este caso, el así denominado 'MOVADEF'), más aún si está en desarrollo el juicio oral del *Caso Perseo*; por tanto, por congruencia⁵⁵ el Colegiado está inhabilitado –por competencia- para pronunciarse sobre ese extremo

“[la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] **es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población.** Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue. Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume ‘deberes y responsabilidades’, cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado”

⁵⁴ Página 101, de la sentencia

⁵⁵ El artículo 258°- A del C. de P.P. introducido por el Decreto Legislativo N° 959, consagra el principio de congruencia, en relación al principio acusatorio. De esta forma, la valoración de la prueba debe circunscribirse a los hechos de la acusación fiscal, tal como lo establece la jurisprudencia vinculante, contenida en el Acuerdo Plenario número 03-2007/CJ-116 del 16 de noviembre de 2007, que señala: « El objeto del proceso se concreta en el dictamen final del Ministerio Público, que cuando es acusatorio introduce la pretensión penal que a su vez está definida, en su aspecto objetivo, por la denominada fundamentación fáctica, esto es, el hecho punible, el hecho histórico subsumible en su tipo penal de carácter homogéneo, esos hechos son formulados por el Ministerio Público a una persona determinada y en su definición o concreción no puede intervenir el órgano Jurisdiccional; que el escrito de acusación formaliza la pretensión penal y en función a ese marco fáctico debe



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

Quinto Contexto

La publicación del periódico “Amnistía General”, y la prédica de su programa “la solución política a los problemas derivados de guerra”, y el llamado a una “reconciliación” y pedidos de “amnistía”, se produce en un contexto donde esa agrupación pretende su participación política en las elecciones; inferir que este programa constituye una cobertura para el desarrollo futuro de actos de violencia no es compatible con el contenido de los textos que aparecen en ese periódico; En efecto, no existen expresiones textuales que directa o indirectamente incite a la agitación a la violencia o situaciones análogas futuras. Es claro que la publicación del periódico se enmarca en contenidos distintos a las predica o alabanza de actos de terrorismo.

Sexto El artículo dos, inciso veinticuatro, literal e) de la Constitución Política del Perú, consagra el principio-derecho Constitucional de la presunción de inocencia; su fundamento epistémico estriba en su derrota solo si se prueba con suficiencia las proposiciones fácticas de su imputación;⁵⁶ en el caso, no se ha imputado ni probado el nexo de la apología de la persona vinculada con el acto terrorista por el que fue condenado, dado que la exaltación corresponde a otros atributos.

Por estos fundamentos, impartiendo justicia a nombre del Pueblo de quien emana esta potestad.

V. SE RESUELVE:

- a) **DECLARAR INFUNDADA LA TACHA** propuesta por la defensa en contra de la perito Ingrit Merizalde Paz.
- b) **ABSOLVER a ALFREDO VÍCTOR CRESPO BRAGAYRAC, ALBERTO MEGO MÁRQUEZ y OSWALDO ESQUIVEL CAICHO**, de los cargos propuestos en su contra como coautores del delito de Apología de persona condenada como autor del delito de terrorismo, a través de un medio de comunicación social, previsto en el artículo 316°, inc. 2 del Código Penal en agravio del Estado.

pronunciarse el órgano jurisdiccional». En consecuencia, los hechos que son materia del objeto de prueba son los que conforman la incriminación definida por el Fiscal Superior.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo, supra, párr. 121, y Caso Ruano Torres Vs. El Salvador, supra, párr. 127. Asimismo, el artículo 8.2 de la Convención Americana exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. Este principio, como regla impone al órgano jurisdiccional, decidir por la absolución del imputado si obra solo prueba incompleta o insuficiente, o si se presenta duda razonable



Tercera Sala Penal Superior Nacional Liquidadora

- c) Una vez quede firme la sentencia, se dispone el **ARCHIVO DEFINITIVO** del proceso y se anule los antecedentes judiciales y policiales generados por esta causa; y toda medida cautelar que se hubiese dictado por razón de este proceso.
- d) **Mandar** de no ser impugnada la sentencia, se eleve en consulta a la Corte Suprema de Justicia de la República, con nota de atención. Notifíquese.

Juan Carlos Santillán Tuesta

Presidente y Juez Superior

Francisco Celis Mendoza Ayma

Juez Superior y DD

Máximo Francisco Maguiña Castro

Juez Superior