

//tencia N° 183

Min. Red.: Dr. Alberto Reyes Oehninger

Montevideo, 26 de junio de 2017.-

VISTOS

para definitiva de segunda instancia, estos autos: “**P., L., S., S.. DENUNCIA. LEY DE PRENSA” (IUE. 2.13317/2017), venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 9° Turno, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Señor Fiscal Letrado Nacional de 21° T. Dr. Pablo Rivas Vignolo contra la Sent. N° 32 de 19.3.2017, dictada por la Dra. Blanca Isabel Rieiro Fernández.**

RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 41/45), cuya correcta relación de antecedentes se da por reproducida, desestimó la acusación dirigida por el M. Público contra del denunciado, “*como autor de un (1) delito de APOLOGÍA DE HECHOS PASADOS agravado por haberse ejecutado a través de medios de comunicación*”, a 24 meses de prisión (fs. 33-34, 36-39vto.), contestada por la Defensa con pedido de absolución (fs. 34).

II) Franqueada la apelación, se fijó para audiencia de segunda instancia, donde la Fiscalía expresó como agravios: 1) la figura del delito de comunicación configurativo de la

apología de hechos pasados, se consuma en el momento en que se difunden las expresiones y ellas lo fueron el 14 de abril pasado, en rueda de prensa posterior al mismo. El acusado reconoció que *“hubo excesos”* y agregó: *“Pero me consta en lo personal que nunca estuve en una sesión de tortura, pero no confundir tortura con apremio físico. Se puede dejar a una persona detenida un tiempo prudencial hasta que se canse y pueda hablar, pero eso es apremio, torturas no hay”*. En el mismo contexto declaró: *“Ahora, en estos días, acaba de refloatar algo y procesan a Rodolfo Álvarez, que es sobrino del ex Comandante en Jefe Gregorio Álvarez, pero además es hijo de su hermano Artigas, a quien los tupamaros mataron cobardemente en la puerta de su casa frente a su pequeña hija, en el 72”*. Calificó de *“infame”* el mencionado pronunciamiento judicial y defendió la conducta del procesado porque en opinión del autor de la declaración, un juez militar sumariante en aquella época *“que hace un acta para hacer constar lo que dice un detenido no puede ser cómplice, coautor ni nada”*. Declaró también que *“hay algo de venganza por los años que pasaron por el quiebre institucional, gente que sin dudas pasó mal que procuraba hacer cosas que no debían hacer ... No olvidemos quién tiró el primer disparo, quien incitó las acciones en un gobierno democrático: los tupamaros, muchos de los cuales están dirigiendo al país”* y que *“no puede creerse que un juez procese a un coronel de ochenta años porque uno lo vio o dijo haberlo visto en tal lugar”*. Manifestó asimismo que *“Tendrá que verse la forma de que esto no siga*

siendo así”, aludiendo a los pronunciamientos de condena en causas de derechos humanos; 2) más de un mes después, en la audiencia del 17 de mayo pasado, conocido el tenor de la denuncia y delineada la estrategia con la Defensa, en su declaración manifestó que no justificaba la tortura ni el apremio físico. No obstante, al ser interrogado sobre cómo define el hecho de dejar a una persona detenida un tiempo prudencial hasta que se canse y pueda hablar como dijo, respondió textualmente: *“Es apremio físico pero también puede ser tortura, depende del contexto en que se esté hablando”*. Fue asimismo interrogado por la Sra. Juez si en su carrera recibió instrucción respecto de cómo tomar declaración a un detenido o indagado, ante lo cual contestó: *“Sí claro, incluso teníamos una directiva que se disponía que en cada interrogatorio hubiera un jefe presente como garantía del interrogado”*; 3) R. M. fue Comandante en Jefe del Ejército (1996-1998) y manejó la rueda de prensa sin presiones de ningún tipo: *“Contesté libremente, nadie me obligó”*, declaró en audiencia, por lo que no puede decirse que no manejó las palabras con autonomía. Tiene experiencia en utilizar los medios de prensa, no le es extraño estar emitiendo opiniones ante un micrófono o una cámara de televisión, no sólo por haber desempeñado tan importante cargo jerárquico en el Ejército, sino por su condición del Presidente del Círculo Militar y haber sido orador en anteriores conmemoraciones del llamado *“Acto de homenaje a los caídos en defensa de las instituciones”*. Tuvo entonces

plena conciencia y voluntad de lo que estaba manifestando; 4) en cuanto al concepto que constituye el núcleo de la figura, el término “*apología*”, los autores son contestes en su definición, sosteniendo por ejemplo Camaño Rosa que “*es una manifestación de pensamiento consistente en defender o elogiar un hecho generalmente reprobado o su autor, con intento de propaganda, para excitar la imitación o eliminar la repugnancia*”. Puede cometerse por cualquier medio idóneo y es indiferente el modo: abierto o disimulado, que sea enfocado como tema principal o incidental y cita a Manzini, quien dice que equivale a exaltación, ponderación, panegírico, aunque no es necesaria la glorificación (Tratado de los delitos, p. 74). Se la ha llamado “*instigación indirecta*”, por lo que basta el dolo eventual, pero lo cierto es que la ley no exige ningún requisito subjetivo del tipo, ninguna finalidad específica, ningún ánimo de impulsar a nadie a la acción, ni de hacer propaganda del delito, bastando la simple apología del hecho calificado como tal para consumir el tipo. Ya Impallomeni decía en 1895 que el delito en estudio consistía en “*... la apología pública de actos, que por ley constituyen un delito y en la ofensa que de tal modo se hace a la autoridad de las leyes protectoras de la seguridad general, por el peligro que estas corren, de ser sindicadas al desprecio público*”. La Ley nacional no exige que se trate de un acto de propaganda que invite a la imitación, o que tienda a eliminar la repugnancia de la población respecto del hecho ilícito, en suma basta defensa o justificación del

delito en abstracto (Cfm. Langón, Miguel, Código Penal-Universidad de Montevideo, Tomo II, p. 139 y ss.). La figura tiene un requisito de lugar en cuanto debe ser cometido el delito “*públicamente*”, es decir con posibilidad de ser aprehendida la justificación o defensa por un número indeterminado de personas, siendo una figura de peligro abstracto; 5) por consiguiente, el autor de la declaración, ante los medios de comunicación justificó lo que califica de “*apremio físico*”: “*Se puede dejar a una persona detenida un tiempo prudencial hasta que se canse y pueda hablar*”, que forzosamente debe encuadrarse en el concepto de tortura, según el art. 22 de la Ley No. 18.026, que establece que se entenderá por tal: a) todo acto por el cual se inflija dolores o sufrimientos graves, físicos, mentales o morales; 6) El sometimiento a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; 7) todo acto tendiente a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental aunque no cause dolor o angustia física o cualquier acto de los previstos en el art. 291 del Código Penal realizado con fines indagatorios, de castigo o intimidación. Emitió un mensaje entendiendo que se permite dejar a una persona detenida por un tiempo prudencial que no especifica hasta que la persona por cansancio pueda hablar, que no es otra cosa que obtener de ella alguna información o confesión, por lo que catalogar dichas expresiones simplemente como infelices, impropias, innecesarias e inadecuadas, sin relevancia penal alguna -como hace la

sentencia impugnada- es banalizarlas, sin tomar en consideración el momento, lugar y contexto de las restantes expresiones vertidas; 8) el art. 29 de la Constitución de la República consagra el sistema de libertad con responsabilidad, principio que ratifica el art. 1º de la Ley de Prensa, en cuanto a la libre comunicación de pensamientos y libertad de información, dentro de los límites consagrados por la Constitución. La libertad de opinión y de prensa no significa, ni podría significar, impunidad de la expresión de la idea y su emisor; 9) culminó remitiéndose a las consideraciones y fundamentos expuestos al acusar, así como en la denuncia.

II) Al evacuar el traslado, la Defensa privada (Dr. Martín Ojeda) abogó por la confirmatoria y en subsidio, por la condena al mínimo legal previsto, en suspenso. Contestó, en resumen:

1) no se verifican los extremos necesarios para sostener la imputación pretendida por la Fiscalía, visto que la conducta desplegada por su defendido es objetiva y subjetivamente atípica; 2) el delito que se pretende imputar castiga al que *“hiciera, públicamente, la apología de hechos anteriores a la entrada en vigencia de la presente ley, que hubieran calificado como crímenes o delitos de haber estado vigente la misma”*. El verbo típico -idéntico al previsto en el art. 148 del Código Penal- consiste en *“hacer apología”* públicamente de determinados hechos, por lo que el aspecto a dilucidar consiste en contrastar la conducta cuestionada con lo dispuesto en la norma, a efectos de determinar si existe adecuación típica; 3)

la Real Academia Española define la apología como *“discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”*. En palabras de Langón, la figura exige un hacer público, el elogio o defensa de determinados hechos en abstracto; 4) por su parte, la Suprema Corte de Justicia en Sentencia No. 42 de 24.03.2006 sostuvo: *“Se entiende por apología la alabanza de una acción considerada delito, mediante la expresión encomiástica referida a la conducta incriminada o al autor de esa conducta (...) La apología se caracteriza por una suerte de instigación indirecta a cometer un delito, por cuanto cuando se elogia un hecho considerado como tal, o a la persona de su autor, en realidad lo que se está haciendo es instigar o inducir a alguien a cometer esos hechos”*; 5) finalmente, como agregó la acusación, *“Apología es una palabra de origen griego que significa defensa o justificación y por extensión elogio, loa, encomio o glorificación de alguna persona, conducta o cosa”*; 6) objetivamente la conducta delictiva consistiría en defender públicamente hechos pasibles de ser considerados delictivos. Se requiere una defensa del delito en sí mismo, el cual para el M. Público sería el delito de tortura. Se debió haber hecho una alabanza, justificación, elogio, encomio o glorificación de las conductas delictivas, lo cual no ocurrió en el caso, donde no existió un solo adjetivo calificativo de ninguna conducta. Mal puede una persona defender algo sobre lo que -directamente- ni siquiera ha opinado; 7) su defendido en ningún caso hizo un enaltecimiento de la tortura en general, o de alguna tortura en particular. Sus palabras se limitaron a diferenciar lo que *“a su*

criterio” podría haber sido tortura y lo que no. Sus declaraciones fueron simplemente eso, una apreciación personal de un sujeto que aclaró que nunca estuvo en una sesión de tortura y para quién dejar a una persona detenida un tiempo prudencial no configura el delito; 8) claramente se está ante una opinión personal de alguien que no es experto en derecho y que con sus limitados conocimientos específicos de la materia hizo una disquisición entre dos conductas, identificando una como tortura, y otra como algo distinto. Si esa disquisición es jurídicamente acertada o no, resulta penalmente irrelevante. Lo que verdaderamente importa es que en ningún caso hizo una defensa pública de la tortura. En ningún caso elogió a la tortura como método de investigación o lo que fuere. En ningún caso ponderó ese tipo de hechos o las personas que lo hubieran cometido, aclarando por otra parte que no le consta que hubiere sucedido; 9) se limitó a emitir su opinión sobre un tema concreto, habiendo sido preguntado al respecto. Tampoco convocó a una conferencia de prensa, sino que fue entrevistado de forma espontánea luego del acto en cuestión. No defendió la tortura, ni defendió los excesos que se habrían eventualmente cometido. Se limitó a diferenciar lo que para él sería tortura y lo que serían apremios físicos, pero no defendió ni unos ni otros, ya sea en abstracto o en concreto; 10) se podrá compartir su opinión, se podrá estar -o no- de acuerdo con su razonamiento, pero lo que no podrá entenderse es que su conducta es típica desde un punto de

vista técnico-penal. Sus dichos por ende no encuadran en la descripción del artículo que se busca imputar, por lo que cualquier disvalor que se haga de su proceder tendrá tonos exclusivamente morales, más no penales, y en un país donde están en plena vigencia las instituciones, castigar a una persona por lo que piensa o dice implica un grave atentado a los pilares democráticos de la sociedad; 11) en cuanto a la imputación subjetiva de la conducta, el delito se castiga a título de dolo y no de culpa. Por tanto debería haberse probado que obró con intención clara y manifiesta de defender, ensalzar, elogiar hechos delictivos. Dicho requisito no emerge de autos, por el contrario, lo que resulta es justamente lo opuesto; 12) la intención de su defendido no fue conjugar el verbo típico exigido por la figura. La propia sentencia de primera instancia releva con meridiana claridad lo referido a la atipicidad de la conducta y la total ausencia de dolo de realizar el tipo que se pretendió imputar, afirmando que su defendido “... *no ensalza, no realiza una manifestación subjetiva expresando estar de acuerdo con tales conductas aberrantes, no se vislumbra la voluntad incondicionada de efectuar el tipo penal ...*” También dice “*no actuó con ánimo de difundir los lamentables y tristes hechos ocurridos en la dictadura militar*”. Y concluye que “*el denunciado en la citada publicación no manifestó estar de acuerdo con la tortura o con los apremios físicos que refiere, realizó una comparación que puede calificarse de innecesaria, inadecuada, pero no ilegal*”; 12) es precipitada la afirmación del

M. Público que expresa que su patrocinado justifica lo que califica de apremio físico, en tanto no existe un solo argumento o pasaje explicando dónde, cómo y cuándo “*justifica*” conducta delictiva alguna; explicación que debió haber sido el centro de la acusación fiscal y no lo fue, extremo que ya no podrá revertir en la alzada; 13) la propia Fiscalía hizo en primera instancia una referencia a la libertad de expresión, diciendo “...*entiende este Ministerio que cuando se trata de juzgar la relevancia penal de las expresiones vertidas a través de medios de comunicación, el intérprete debe extremar la cautela, pues transita en una zona amparada por la libertad de expresión del pensamiento. Los delitos de comunicación -en tanto restricciones excepcionales a la libertad de prensa- deben ser de interpretación restringidísima y solo pueden ser objeto de condena en caso de una configuración irrefragable*” En el caso -como expresó- no solo el tipo delictivo no se configuró, sino que mucho menos existió una “*configuración irrefragable*”; 14) también carece de lógica y fundamento técnico la pretensión del Ministerio Público de pretender aplicar el máximo de pena previsto por la norma, toda vez que sostiene que serían de aplicación las circunstancias atenuantes de la primariedad y la confesión. Aunque respecto de la última la defensa no coincide en su aplicación, pues su defendido no solo no confesó los hechos que se le imputan, sino que los desmintió categóricamente; 15) finalmente, desde una verdadera óptica de derechos humanos importa priorizar la salvaguarda de los

derechos fundamentales, en el caso la libertad de expresión de pensamiento, consagrada a nivel internacional (art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y nacional (art. 29 de la Constitución), que no podrá ser limitada porque a alguien no le caiga en gracia el pensamiento expresado.

III) Se fijó para sentencia el día de hoy, sorteándose condicionalmente integración para caso de eventual discordia.

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad, habrá de confirmar la impugnada por lo que pasa a decirse.

II) En lo que respeta al tracto formal, la denuncia se presentó en tiempo y forma. El trámite se sustanció oportuna y correctamente en el marco de la Ley No. 16.099, brindando todas las garantías del debido proceso a las partes y el ejercicio pleno del derecho de Defensa. No hay por ende defectos a relevar que comprometan la regularidad del trámite procesal por indefensión u otra razón (arts. 96 y ss. del CPP).

III) Está fuera de discusión que el 14.4.2017, el acusado (oriental, casado, 81 años, militar retirado), en su condición de Presidente del Círculo Militar, en un acto de homenaje “*a los caídos en defensa de las instituciones democráticas*” y posterior entrevista a la prensa; en el marco de una encendida defensa que realizó de lo actuado por sus “*camaradas de armas*” en el período por el que se extendió la ruptura institucional en el país, y vehementes críticas y cuestionamientos al accionar judicial desarrollado y que sigue

desarrollándose en causas vinculadas a la violación a los Derechos Humanos, luego de reconocer que en ese accionar “hubo excesos”, agregó lo siguiente: “*Pero me consta en lo personal que nunca estuve en una sesión de tortura, pero no confundir tortura con apremio físico. Se puede dejar a una persona detenida un tiempo prudencial hasta que se canse y pueda hablar, pero eso es apremio, torturas no hay*”.

Ahora bien, la genérica conducta que un agente del Estado ejecuta sobre alguien privado de libertad que el acusado en su alocución denominó “apremio”: “... *Se puede dejar a una persona detenida un tiempo prudencial hasta que se canse y pueda hablar, pero eso es apremio, torturas no hay*”, como bien anotó el Ministerio Público en su demanda-acusación: “*encuadra sin esfuerzo en el concepto de tortura, como trato inhumano, cruel y degradante que es*” (fs. 38).

Sobre este punto no pueden caber dos opiniones, en atención a la claridad con la que se expresa el art. 22 de la Ley 18.026 de 26.9.2006 dictada en el marco de Cooperación del país con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (en consonancia con lo que consagran otros instrumentos nacionales e internacionales de anterior vigencia que abordan el tema); y que a continuación se transcribe:

Artículo 22. (Tortura)

22.1. El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del

Estado impusiere cualquier forma de tortura a una persona privada de libertad o bajo su custodia o control o a una persona que comparezca ante la autoridad en calidad de testigo, perito o similar, será castigado con veinte meses de prisión a ocho años de penitenciaría.

22.2. Se entenderá por "tortura":

- A) Todo acto por el cual se inflija dolores o sufrimientos graves, físicos, mentales o morales.*
- B) El sometimiento a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.*
- C) Todo acto tendiente a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental aunque no cause dolor ni angustia física o cualquier acto de los previstos en el artículo 291 del Código Penal realizado con fines indagatorios, de castigo o intimidación.*

Por ende, corresponde ponderar si las manifestaciones del acusado se subsumen en la conducta descrita por el tipo penal invocado por el apelante, o si se trata de un comportamiento atípico, como sostienen la Defensa y la Sra. Juez *A-quo* en la decisión hostilizada: *“En ambas posibilidades: elogio de un acto histórico concreto del pasado o de un delito en general, se exige la máxima prudencia de los magistrados, visto la necesidad de preservar la indagación histórica, la crítica social, el libre pensamiento, la divulgación de ideas, el derecho a la información”* (Langón, ob. cit., p. 134).

IV) La imputación remite al art. 29 de la ley citada, donde se sanciona con pena de prisión, a quien públicamente hiciere: *“la apología de hechos anteriores a la entrada en vigencia de la presente ley, que hubieran calificado como crímenes o delitos de haber estado vigente la misma”*.

Respecto a esta figura, dice López Goldaracena: *“La nueva norma no viola el principio de irretroactividad de la ley penal por cuanto no penaliza las conductas de apología cometidas con anterioridad a la vigencia de la ley. El tipo penal no aplica hacia el pasado porque se castiga la apología presente, aunque la misma se refiera a hechos pasados. En el caso, la apología implica ensalzar, enaltecer o justificar, públicamente, los crímenes más aberrantes que conoce la historia de la humanidad en cuanto califiquen como prácticas generadoras de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, lo que en sí mismo constituye una provocación e incitación contraria a la paz pública y a los derechos humanos fundamentales que integran el bien común, extremo que amerita el control social”* (Genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, FCU, 2008, p. 90).

La Real Academia Española define la apología como: *“Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”*; y a la acción de apologizar como la de *“Hacer la apología de alguien o algo”*. Para Camaño -con cita de Manzini- es apología aquella manifestación del pensamiento que consiste *“en defender y elogiar un hecho generalmente reprobado o su autor, con intento de propaganda, para excitar*

la imitación o eliminar la repugnancia. Equivale a exaltación, ponderación panegírico; aunque no es necesaria la glorificación” (Tratado de los Delitos, p. 74).

Abundan al respecto otros autores: *“manifestación del pensamiento consistente en loar (no es necesario que haya inclusive glorificación) un hecho -con o sin narración del mismo- o a su autor, generalmente reprobado, con intento de propaganda, es decir para excitar a la imitación, o cuando menos para eliminar la repugnancia de los demás” (Bayardo, DPU, T. IV, Vol. I, p. 87); “manifestación del pensamiento que consiste en loar un hecho, con o sin narración de él, o loar a su autor, con un interés de propaganda, excitando la imitación de él o tratando de eliminar la repugnancia que los demás sienten por él. No se trata de una instigación directa, sino indirecta, como lo ha denominado Manzini” (Cairolí, CDPU. Parte Especial, T.IV, p. 68); “la defensa alabanza de determinados hechos o personas; el delito se configura toda vez que el agente realiza la apología de determinados hechos, de significación delictual y no la alabanza genérica de determinados delitos” (Prezza, La Enseñanza del Derecho Penal a partir de casos reales. Parte Especial, T.II, p. 102). En doctrina argentina, se la define como “una exaltación, ponderación...un elogio de lo que positivamente...ha sido declarado como criminal” (Soler, DPA, T. IV, p. 657).*

Para Cairolí, más recientemente, *“Hacer la apología es una manifestación del pensamiento que consiste en loar un hecho, con o sin narración de él, o alabar a su autor, con un*

interés de propaganda, excitando la imitación o tratando de eliminar la repugnancia que los demás sienten por él. Es una instigación indirecta, lo que la diferencia del delito anterior, donde el elogio es un medio para llegar al delito. En este que consideramos, el elogio es un fin” (CP Comentado..., p. 397).

Nuestro máximo órgano judicial, cuando tuvo la oportunidad de abordar la aplicación de una disposición penal similar (art. 148 del CP), sostuvo que “*hacer la apología*”, consiste en “*la alabanza de una acción considerada delito mediante la expresión encomiástica referida a la conducta incriminada o al autor de esa conducta (Reta, Adela, Derecho Penal, Segundo Curso, t.1, Oficina de Apuntes del C.E.D., p.117)*”; señalando que “*se caracteriza por una suerte de instigación indirecta a cometer un delito, por cuanto cuando se elogia un hecho considerado como tal, o a la persona de su autor, en realidad lo que se está haciendo es instigar o inducir a alguien a cometer esos hechos (Buompadre, Jorge, Derecho Penal, Parte Especial, t. 2, pág. 389)*” (SCJ, S.42/2006).-

En idéntica orientación se había pronunciado la Sala Homóloga Tercera, cuando declaró que “*la apología, en cuanto constituye una instigación indirecta, debe, si bien no estar destinada a crear la resolución de cometer un delito, estar encaminada indirectamente a tal fin, a través de la defensa y exaltación de alguna actividad delictiva*” (Sent. 99/2005).

En suma: se castiga disuasivamente (delito de peligro) la justificación o el elogio a una actividad precedente, hoy ilícita,

porque opera como una indirecta incitación, o tiende a “*eliminar la repugnancia*”.

V) A juicio de la Sala, nada de eso resulta de las manifestaciones públicas del acusado, más allá que pudiera interpretarse que impropriamente distinguiera entre licitud de cansar a un detenido para que hable, e ilicitud de torturar, lo que no se compadece con la unificación de tratamiento punitivo en la ley nacional vigente (art. 22 de la Ley 18.026 lit. C).

Si por posibilidad se quiso aludir o se debe así entender, a posibilidad jurídica, sería inadmisibles bajo cualquier punto de vista, pero no necesariamente elogio o defensa, con la calidad y claridad que reclaman el tipo penal.

No hay ningún comentario más allá del distingo entre lo que es o no es tortura, mezclado con una admisión de que durante la dictadura sin duda hubo excesos, lo que no permite descartar que para el acusado uno de esos excesos lo constituyan los apremios.

Tales dichos se inscriben en el contexto de una diatriba general contra enjuiciamientos con prisión de militares por violación de los ddhh. Entonces, a contrario de lo sostenido en la denuncia la impresión que provoca en las manifestaciones del acusado es que no defienden una conducta pasada anterior y actualmente ilícita, sino que cuestionan, interpelan la existencia de prueba en contra de militares encarcelados.

El acusado reclamó corporativamente contra una supuesta conspiración judicial, como se hace año a año, en

esa fecha, en el marco de la libertad de expresión; y ella no debe ser proscripta sino en caso de manifestaciones apologéticas inequívocas, como las suyas no fueron.

La frase aislada: "Se puede...", no está referida a un episodio concreto. En aplicación del principio de legalidad, no emerge clara la tipicidad en la conducta del acusado, en tanto no hizo la apología (justificación, elogio o defensa) de hechos *concretos* calificados de cierta manera (objeto material), sino en todo caso, se trataría el suyo de un genérico juicio de valor sobre si es correcto o incorrecto que se castigue como delito hechos que pudieron suceder (del punto de vista fáctico, no en cuanto a su licitud), como también es dable interpretar de la frase en cuestión, cuando "separó las aguas" entre "apremio" y torturar, y decir que lo primero "Se puede....".

Que el distingo sea inadmisibile no supone riesgo de incitación indirecta, porque no se ve de qué manera puede sostenerse que reivindicó el apremio físico (práctica ciertamente antihumanitaria y calificada como tortura en la Ley 18.026), actuado en un caso concreto: *"Deben tratarse de uno o algunos hechos determinados, específicos, como cuando se elogia a la rapiña que se efectuó en tal lado, al homicidio que se perpetró en tal ocasión. También puede tratarse de un elogio a sus autores, coautores o cómplices, pero lo que no supone el delito es que se elogie el delito en un concepto general"*, y agrega: *"Debe pues tratarse de delitos concretos y ya ocurridos..."*, aun cuando no haya recaído condena (Cairolí,

apartándose aquí de Soler, en Código Penal. Comentado, anotado y concordado, T. I, Editorial La Ley, 2004, p. 398).

Por lo que no se percibe, al menos sin lugar a duda razonable, que haya justificado un obrar concreto como el descrito, para eliminar la repugnancia. Menos aún puede decirse que el emisor haya enaltecido una actividad delictiva con intención propagandística, para -en palabras de Camaño- “*excitar la imitación*”, con miras a incitar al receptor: “*Hace casi un siglo, Beling expresó que <existen numerosos delitos, sobre todo delitos cometidos por medio de la palabra, que desde el punto de vista típico exigen una valoración, de modo que una acción es típica sólo si tiene un sentido determinado (delitos de valoración). Así, en los delitos de incitación, en la injuria, en la amenaza, en los delitos agraviantes, hay que comprobar si las palabras encierran una incitación, una injuria, etc*” (Sobre la teoría de la ejecución de acciones punibles, p. 99. Cita extraída de Kern, Delitos de expresión, pág. 2)...Esta valoración e interpretación del contenido de la expresión no sustituye la valoración de la adecuación típica de determinada conducta sino que ambas constituyen una especie de unidad metodológica...tenemos la interpretación en sentido genérico, esto es, desentrañar el sentido normativo incorporado a la norma, o sea, la adecuación al tipo legal. Por otro lado, el abordaje de la interpretación de la manifestación como posible objeto material de delito, vale decir, determinar su sentido.

“Dentro de esta unidad hay una doble operación intelectual que debe efectuar el intérprete, especialmente el Juez.

“De la afirmación de que la manifestación debe tener un sentido, se desprenden algunas consideraciones primarias.

“En primer lugar, estamos ante un concepto más restringido que la manifestación en sentido psicológico porque ésta última no requiere un contenido intelectual. Para la psicología también son manifestaciones las expresiones de un estado de ánimo momentáneo aún cuando no tengan un contenido intelectual o, simplemente, no tengan sentido.

“En cambio, las manifestaciones sólo pueden tener relevancia penal en función de su contenido intelectual...y si no tienen sentido, no pueden ser opiniones punibles...En segundo lugar, la afirmación de que debe haber un contenido intelectual en la manifestación penalmente relevante, implica una percepción intelectual, una comprensión del contenido, al menos parcia...De ahí que sean considerados delitos de valoración porque la comprensión debe ser valorada para determinar si la manifestación es idónea para generar los efectos que reclama el texto legal...esta exigencia de valoración de alguna manera relaciona los delitos de manifestación con los tipos abiertos de Welzel.

“Parte del tipo debe ser construido por el intérprete, especialmente el Juez, mediante su complementación, para lo cual la ley y la ciencia del derecho penal ofrece puntos de apoyo.

“Pero también hay otros casos, en los cuales puede faltar el cuadro rector, para cuya implementación la antijuricidad, como expresa Welzel, <deberá ser determinada por un juicio de valor autónomo por parte del Juez> (Derecho Penal Alemán, pág. 41 y 120)...la antijuricidad debería ser investigada, lo cual...implica una doble valoración...Esta valoración es inherente a toda forma de incitación, pero cuando se trata de formas encubiertas es absolutamente crucial. Está inevitablemente ligada a la impresión que la manifestación provoca...algo que no necesariamente coincide con el sentido objetivo y el sentido subjetivo” (Bergstein, La libertad de expresión y la incitación encubierta en la ley antidiscriminatoria (art. 149 bis del Código Penal), en RDP 16, pp. 310/311).

IV) No se invocó abiertamente, pero en los descargos de la Defensa, subyace que la distinción entre apremio físico y tortura, pudo obedecer a la ignorancia del acusado, sobre la inviabilidad jurídica de semejante deslinde. Se alude así a inexigibilidad de versación jurídica.

En ese caso (si hubiera adecuación típica, que se descartó), se tendría un error de derecho, que por la defectuosa regulación del art. 24 CP, se presume intencional, sin admitir prueba en contrario. Si en mérito al principio de culpabilidad desairado por dicha norma, se interpretara que se convoca el error de prohibición, no sería vencible, con lo cual, solo viene a justificarse una pena más benigna que el guarismo pretendido.

Con Cairoli: *“Existe un error de prohibición cuando el autor no conoce la norma prohibitiva (error de prohibición directo), o la interpreta en forma equivocada, o acepta por error una eximente justificante (error de prohibición indirecto). Como pasa con el error de tipo, el error de prohibición puede ser vencible o invencible. Es vencible cuando el autor emplea la debida diligencia que las circunstancias del caso hacen razonable y exigible y puede advertir que estaba obrando bajo los efectos de un error; lo que lo hace responsable, pero en forma atenuada. Es invencible cuando actuando con toda la diligencia que se le podía exigir en el caso, no habría podido advertir su error, lo que tiene como consecuencia que no pueda motivarse en la norma, por lo que no habrá culpabilidad y el sujeto verá excluida su responsabilidad penal. Por lo que se expresó antes en el comentario al artículo 24 del Código vigente, este debe ser sustituido por una norma referente al error de prohibición”* (CP..., T. I, ob. cit., pp. 85/86).

En cambio, se comparte traer a colación la nueva redacción que al art. 1º de la ley No.16.099 dio el art. 3º de la ley No. 18.515, que dispuso que en los delitos de comunicación *“constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y*

Políticos". Incorporando un imperativo insoslayable a cumplir por aquellos jueces llamados a decidir este tipo de controversias, cual es la de tomar en cuenta "*muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Americana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional*". Ya que una vez que la oración de marras se pondera en el contexto de toda la alocución, es factible inferir que lo que hizo su emisor no fue una suerte de *reivindicación* de la tortura, como erróneamente se interpreta a través de su consideración aislada; sino -en realidad- una crítica negativa al accionar del sistema judicial en el caso particular al que hizo referencia y en otros que culminaron de la misma manera, a través de la censura (pública) a la actuación de aquellas autoridades (Jueces, Fiscales, etc.) que actuaron en ellos y ejercen funciones que en sí mismas resultan de "*interés público*".

Por consiguiente -aun cuando en el sub-exámine no se puso en tela de juicio la reputación de los aludidos- conforme los estándares que maneja la Corte Interamericana que no es posible desatender, se encuentran sujetos a un mayor escrutinio público, por lo que "*el umbral de protección*" o "*crítica legal y admisible*" para quien formule comentarios desfavorables a su gestión se ensanche: "*...en una sociedad*

democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público...Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso...De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público...En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población...” (Corte I.DD.HH, Caso Kimel vs. Argentina, par. 86-88).

Cabe tener presente que si bien no es “contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones,...esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto

la absoluta necesidad de utilizar en forma verdaderamente excepcional medidas penales” (Corte I.DD.HH., Caso cit., par.78).

Llegados a este punto se hace oportuno recordar lo que en memorable discordia sostuvo un ex integrante de esta Sala, cuando sentenció que: *“Los delitos de comunicación -en tanto restricciones excepcionales a la libertad de expresión amparada constitucionalmente- deben ser de interpretación restringidísima, y solo deben ser objeto de condena en caso de una configuración irrefragable” (S. 72/86).* Máxime cuando se trata de un delito como el de autos donde no parece haber mínimo margen de duda respecto a la intención.

En conclusión, del análisis individual y conjunto de todos los extremos fácticos y legales del caso, resulta que, malgrado la enjundiosa pieza de agravios del M. Público, el acusado no puede ser penalmente responsabilizado por sus dichos; por lo que se coincide con lo decidido en el grado anterior y corresponde confirmar su absolución (art. 7, 10 y 29 de la Constitución; 4º de la Ley No. 16.099, 18.515 y 247 del CPP).

Por los fundamentos expuestos, **EL TRIBUNAL,**

FALLA:

CONFÍRMASE LA RECURRIDA.

CONSENTIDA O EJECUTORIADA, DEVUÉLVASE.

Dr. Sergio Torres Collazo
Ministro

Dr. Alberto Reyes Oehninger
Ministro

Dr. Pedro Salazar Delgado
Ministro

Dra. Maria Rosario Abalde
Secretaria