

Sentencia No. 104

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR SERGIO TORRES

Montevideo, veinticuatro de abril de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "**L. D., I. G. Y OTROS - UN DELITO DE ASONADA - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 145 DEL CÓDIGO PENAL**", IUE: 94-35/2013.

RESULTANDO:

I) En el caso, por Sentencia Interlocutoria No. 2260/2013 (fs. 437 a 476), la entonces titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 9no. Turno, dispuso el procesamiento sin prisión de I. G. L. D., J. P. Z. W., P. V. B. B., A. J. B., A. V. B., D. J. F. y E. J. F., imputados, prima facie, de la comisión de un delito de asonada (art. 145 C.P.), en calidad de autores.

II) Al margen de los recursos también deducidos por el Sr. Representante del Ministerio Público (fs. 498 a 510) y por Patricia Borda (fs. 511 a 519), los restantes imputados: I. G. L. D., J. P. Z. W., A. J. B., A. V. B., D. J. F. y E. J. F., además de interponer recursos de reposición y apelación en subsidio, dedujeron excepción de inconstitucionalidad

por vía de excepción de la norma tipificada, a la vez que recusaron a los Sres. Ministros de la Suprema Corte de Justicia (fs. 520 a 544).

III) Los promotores sostuvieron, en síntesis, que la inconstitucionalidad de la norma impugnada radica en lo siguiente:

1) El delito tipificado no establece en forma expresa cuál es el fin ilícito que debe imbuir el ánimo o propósito de los eventuales responsables penales, cuando tratándose de una figura residual, ese fin debe ser distinto de los previstos para los delitos "*atentado contra el Presidente de la Republica*", "*rebelión*", "*sedición*" y "*motín*", a la vez que existe una irracionalidad y desproporción de la figura penal y su punición con respecto al bien jurídico que tutela.

2) Señalan que la disposición va en contra de los siguientes artículos de la Constitución:

- El artículo 7, que protege a los habitantes de la República en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad, que es vulnerado por el tipo penal asonada por los términos imprecisos y dudosos de su redacción que vulnera, lesiona, atenta, amenaza, cercena y limita innegablemente los derechos de libertad y seguridad.

- El artículo 8, que consagra el derecho de igualdad de todas las personas ante la ley, vulnerándolo porque deja sujeta la aplicación a la evaluación subjetiva y al mayor o menor criterio restrictivo de los magistrados ante cada caso, dejando a las personas que podrían ser encausadas, libradas al azar en función del juez y fiscal que entiendan en el caso y la interpretación que hagan de la norma penal.

- El artículo 10, que es una de las bases del principio de legalidad y es tuitiva del derecho de libertad, que al igual que en el caso de los artículos anteriores, el delito lesiona porque agrede el derecho a la libertad de las personas toda vez que no tengan protegida su seguridad jurídica, encontrándose desamparadas frente al poder coercitivo de las autoridades y la interpretación más o menos restrictiva que se haga.

- El artículo 29, porque el tipo de la asonada funciona como un instrumento ideologizado a ser utilizado cuando al poder de turno no le guste una manifestación pública del pensamiento.

- El artículo 38, que garantiza el derecho de reunión, pudiendo sólo ser limitado por leyes que protejan la salud, seguridad y orden público, mientras que el artículo 145 del Código

Penal, no lo hace con la finalidad admitida por esa norma constitucional, sirviendo para perseguir penalmente reuniones que no atacan la salud, la seguridad y el orden público, debiendo verse que el bien jurídico protegido es, o bien la organización política interna o la paz pública, no existiendo entre los delitos del Código Penal protección jurídica del orden público, por lo que forzar la interpretación de un mandato constitucional a los efectos de restringir las libertades de las personas, a través de un tipo penal no hace otra cosa que violar la Constitución.

- Los artículos 72 y 332, que junto al artículo 7 constituyen la triada *jus naturalista*, que hace que el derecho a manifestar o protestar frente a un hecho o acto injusto, debe entenderse reconocido y amparado por la Constitución, por lo que una norma de inferior jerarquía, como lo es el artículo 145 del Código Penal, que lo limite o vulnere colidirá siempre con la Carta.

IV) Por Auto No. 2431/2013, de 19 de noviembre de 2013, se suspendió el proceso y se elevó a la Suprema Corte de Justicia (fs. 548 a 550), siendo recibido con fecha 21 de noviembre de 2013 (fs. 559), dictándose la Resolución No. 2269 de 25 de noviembre de 2013, donde los Sres. Ministros de la Suprema Corte de Justicia no aceptaron la recusación y

solicitaron derecho de abstención, convocándose a audiencia para sorteo de integración, remitiéndose a los Sres. Ministros sorteados (fs. 560 a 561 vto.), siéndoles otorgado el derecho de abstención (fs. 571), procediéndose a nuevo sorteo. La designación recayó en los Sres. Ministros Dres. Doris Morales, Graciela Gatti, Rolando Vomero, Sergio Torres, Luis Charles, Mary Alonso, Eduardo Martínez Calandria, Julio Posada, María Couto y Nanci Corrales (fs. 581).

V) Por Auto No. 1123 de 4 de junio de 2014, se confirió traslado al Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 8vo. Turno (fs. 586), quien se pronunció en fs. 592 a 598, abogando por el rechazo del planteo de inconstitucionalidad, y al Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, quien expidió su dictamen en fojas 602 a 617, concluyendo que debía acogerse el planteo, en función de que el delito atribuido, en dos de sus modalidades, afecta la reserva legal y las garantías materiales recogidas en los parámetros de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad establecidos por los artículos 7, 29, 38 y 72 de la Constitución.

VI) Por Auto No. 1358 de 30 de julio de 2014, se pasó a estudio y se dispuso Autos para sentencia, citadas las partes (fs. 619), solicitando la defensa de A. V. se le concediera audiencia para la

realización de *informe in voce* (fs. 627), lo que se tuvo presente por Auto No. 1387 de 6 de agosto de 2014 (fs. 629). La audiencia se llevó a cabo el 10 de marzo de 2015, según consta en fs. 655 a 655 vto.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia integrada, por mayoría de votos de sus componentes, por las razones que más adelante se explicitarán, habrá de proceder a declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada (art. 145 del Código Penal), que tipifica el delito de asonada.

Ello en tanto de su examen, y del de algunos de los principios y disposiciones constitucionales con los que los promotores plantean su colisión, resultan extremos que desvanecen la presunción de regularidad que gozan las Leyes de entenderlas ajustadas a la normativa constitucional; pues surge de un modo acabado y claro una efectiva, notoria e inequívoca incompatibilidad entre el mencionado texto y las normas y principios contenidos en la Carta a los que se hará mención.

Sin perjuicio de lo cual el Cuerpo, antes de ingresar de lleno en tema, habrá de formular dos breves precisiones referidas al trámite, y a su alcance.

La primera: resulta

observable la extensión del efecto suspensivo que en la Sede de instancia se otorgó al proceso al que está sometida la enjuiciada Borda, quien no dedujo la excepción de inconstitucionalidad.

La segunda: el presente pronunciamiento no importa una valoración de si los hechos de autos configuran delito, ni en su caso, cuál es el mismo; debiendo observarse en este sentido que el Sr. Representante del Ministerio Público también impugnó el auto de procesamiento por discrepar con la tipificación formulada por la Sra. Magistrada actuante. Será a los órganos jurisdiccionales respectivos a quienes oportunamente corresponderá examinar tales extremos y pronunciarse al respecto.

II) La disposición legal aplicada, que encuentra su fuente en los arts. 124 y 125 del anterior Código, procedente a su vez del art. 228 Argentino de 1886, y concuerda con el art. 654 del Italiano (Antonio Camaño Rosa, Tratado de los Delitos, pág. 56), establece: *"Los que tomaren parte en una asonada serán castigados con tres a nueve meses de prisión. Cometan asonada los que se reúnen en número que no baje de cuatro personas, para causar alboroto en el pueblo, con algún fin ilícito que no esté comprendido en los delitos precedentes o para perturbar con gritos, injurias o amenazas, una reunión pública, o la*

celebración de alguna fiesta, religiosa o cívica, o para exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta".

El delito parte de la base de la existencia de una reunión plural, aunque no necesariamente tumultuaria, requiriéndose por lo menos cuatro personas. Dicha reunión debe tener por fin (requisito subjetivo):

a) causar alboroto con algún fin ilícito no previsto en los artículos anteriores;

b) perturbar mediante gritos, injurias o amenazas una reunión pública o alguna fiesta religiosa o cívica;

c) exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta.

Como enseña Langón, *"en la asonada nunca puede haber ejercicio de la violencia física ya que este medio típico está excluido de la disposición que exige sólo amenazas, gritos o injurias"* (Código Penal, Tomo II, 2013, pág. 112), y *"se consuma con la reunión ya sea para alborotar, para perturbar o para exigir, por lo que no es concebible la tentativa"*.

Salvagno Campos expresa que el elemento material del delito consiste en que se reúnan por lo menos cuatro personas con los fines establecidos en la norma, es decir, con algún fin ilícito no previsto en los artículos precedentes al art.

145 del C.P., para perturbar con gritos, amenazas o injurias una reunión pública o la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica o para exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta.

El elemento subjetivo de acuerdo a dicho autor consiste en la conciencia del número de agentes (por lo menos cuatro) *"reunidos con la voluntad de causar alboroto en el pueblo con alguna de las finalidades indicadas en el elemento material"* y agrega en cuanto a la ejecución que el delito *"queda perfecto por la sola circunstancia de la reunión. Es indiferente, como es obvio, que tal reunión haya sido concertada de antemano o que sea improvisada. Tampoco es necesario el logro de ninguno de los propósitos delictivos propuestos. En la segunda forma del elemento material la reunión pacífica no consume la ejecución, se deben proferir gritos, injurias o amenazas"* (Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen I, 1946, págs. 178-182).

III) Ahora bien, se ha cuestionado la constitucionalidad de la asonada invocando que vulnera los derechos de reunión y libre expresión del pensamiento que reconoce y tutela la Carta, empero esta Corte integrada (de manera unánime en este aspecto), sin dejar de reconocer la cardinal relevancia y trascendencia que para la existencia de una

sociedad democrática sana implica la efectiva vigencia efectiva de ambos derechos, no advierte que se haya demostrado, de un modo irrefutable, la inconciliabilidad de la figura con las normas constitucionales mencionadas.

No hay duda que para que se verifique el delito en examen debe haber existido una reunión de por lo menos cuatro personas, con alguna de los fines establecidos en la norma, por lo que es evidente que el mismo supone una restricción al derecho reconocido en el art. 38 de la Constitución Nacional, y en la medida en que sea aplicable la segunda modalidad podría considerarse afectado el art. 29 que garantiza la libre expresión del pensamiento.

Más tales limitaciones no suponen en principio inconstitucionalidad, puesto que ambos derechos admiten ciertas restricciones conforme al propio texto constitucional.

Dispone el art. 38 que *"Queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos"*.

En el caso, entonces, y en primer término, debe examinarse si las limitaciones al

derecho de reunión que se derivan de la tipificación del art. 145 del C.P. son adecuadas al régimen constitucional, que en este aspecto se muestra más amplio en la protección incluso que la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y otros instrumentos supranacionales de similar tenor.

De acuerdo al art. 38 de la Constitución, el derecho de reunión puede ser limitado por razones de orden público, salud y seguridad.

El delito de asonada por su parte se encuentra inserto en los delitos contra el orden político interno, no obstante, como indica Salvagno Campos, *"no tiene el carácter de delito político estricto senso, por cuanto su elemento material, según se verá luego, es antes que todo, lesiva para la paz pública o para la libertad individual de las creencias"* (ob. cit., pág. 178; Cf. Bayardo, Derecho Penal Uruguayo, Tomo IV, Volumen I, pág. 67).

En igual sentido se ha pronunciado Langón, afirmando que *"desde el punto de vista sustancial es más bien un delito contra la paz pública, pero por mandato del legislador debe considerarse vulnerado de algún modo el bien jurídico orden político interno del Estado, menoscabado por*

aquella estruendosa -e ilícita- reunión de personas"
(ob. cit. pág. 122).

En los numerales de la norma cuestionada de inconstitucional que pudieren ser aplicables en el caso y por lo tanto, que deben ser examinados en el presente, se sanciona la reunión de por lo menos cuatro personas, con el fin de causar alboroto y con algún fin ilícito, así como la reunión de igual cantidad de personas con la finalidad de perturbar con gritos, injurias o amenazas una reunión pública (al margen de que la norma también contempla la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica).

En ambos supuestos, las reuniones así verificadas tienen objetivos específicos, que pueden ser calificados como susceptibles de perturbar la paz pública, que no es otra cosa en definitiva que el orden público, es decir, el derecho de todos los ciudadanos como base de la vida civilizada (Cf. Bayardo Bengoa, ob. cit., págs. 78-79).

Siendo así, las limitaciones impuestas por el legislador mediante la tipificación del delito en examen, en principio no superan el límite previsto por el Constituyente. Se ha legislado respecto de determinados tipos de reuniones, que son potencialmente aptas para contrariar el orden público, como lo son reuniones que buscan causar alboroto con un

fin ilícito o perturbar con gritos, violencias o amenazas una reunión pública o una celebración religiosa o cívica.

No se trata entonces de sancionar o impedir la protesta social. Las conductas castigadas por la norma, exceden lo que puede ser considerado protesta social puesto que en un caso se busca concretar un fin ilícito y en otro se ataca directamente derechos de terceros, cuya base es la convivencia civilizada.

Tampoco se advierte afectación al derecho a la libre expresión del pensamiento, por lo que no se afecta el art. 29 de la Constitución de la República (ni las normas internacionales que regulan el tema). La norma en estudio no limita dicha libertad sino la reunión con las finalidades antes relacionadas, es decir causar alboroto con un fin ilícito o para perturbar con injurias, gritos o amenazas una reunión pública o la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica.

La Constitución no admite la censura previa, pero sí la responsabilidad ulterior del emisor, conforme a la ley, ley que en el caso estaría contemplada en el art. 145 en la segunda modalidad pero que, en todo caso, contempla una hipótesis que excede el derecho garantizado. El delito

que se examina no impide de modo alguno ni la protesta social ni la crítica a las autoridades, tal como se argumenta, lo que sanciona es la reunión con fines de perturbación de ciertas celebraciones o reuniones públicas, valiéndose de gritos, injurias o amenazas. No se sanciona la expresión del pensamiento aun cuando fuere contrario a las mismas celebraciones mencionadas por la norma, la finalidad que tiene en cuenta el art. 145 es la de perturbar por los medios indicados (gritos, amenazas o injurias).

Perturbar, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa:

"1. Inmutar, transformar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien.

2. Impedir el orden del discurso a quien va hablando.

3. Dicho de una persona. Perder el juicio".

Por lo que se trata, como fin, en las dos primeras acepciones que podrían ser las aplicables, de afectación directa de las celebraciones o reuniones y no sólo la expresión del pensamiento.

Como señalara el informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: "*dentro de ciertos límites los Estados pueden establecer*

regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros” aunque precisa que “No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático” (Informe Anual 2005, No. 93).

Asimismo, no puede dejar de mencionarse que a la hora de examinar la pretensión de inconstitucionalidad incoada, cobra especial relevancia la falta de fundamentación referida a como la norma atacada de inconstitucional habría sobrepasado los límites previstos por el Constituyente, punto sobre el cual los recurrentes nada han argumentado en concreto, tal como era su carga (art. 512 del C.G.P.), limitándose a realizar un examen somero de las normas supuestamente afectadas, pero sin considerar que los derechos que alegan violados por el art. 145 del C.P. son limitables, no absolutos, conforme a la propia regulación de la Constitución y de ahí que debieran haber establecido si tal límite fue sobrepasado, punto sobre el que no se pronunciaron: “... tal como lo han reconocido

reiteradamente la doctrina y la propia Corporación en innumerables fallos, de conformidad con lo dispuesto por la norma citada es necesario '...consignar con toda precisión y claridad cuáles son concretamente las disposiciones que coliden con la Carta, así como también su fundamento' (Cf. Sentencias Nos. 89/91, 57/93, 100/93, 414/03, 543/94, 105/95, 312/95 y 734/95 entre otras)" (Sentencia No. 895/2009).

IV) Diametralmente distinta es la solución del caso si se examina la disposición cuestionada, a la luz de los principios de legalidad, reserva legal y de proporcionalidad, extremos en los que la mayoría concuerda con la opinión de los accionantes y el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación.

Ciertamente cabe comenzar por reiterar que se encuentra fuera de cuestión que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos: Declaración Universal de DDHH (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana sobre DDHH (1969), etc., constituyen referencia obligada en toda exégesis que se realice de las normas de Derecho de un Estado, que de ninguna manera pueden entrar en contradicción con éstos.

La razón es obvia, todos sus principios y disposiciones -aun antes de su vigencia formal en la legislación nacional- han sido incorporados a la Constitución por la vía del art. 72. Y así lo ha reconocido en forma contundente y expresa la Corte cuando tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema en su Sentencia No. 365/2009, en conceptos que es importante transcribir por su indudable trascendencia e íntima vinculación con la cuestión a dilucidar:

"La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos".

"En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, 'El 'Estado de Derecho' (Rechtsstaat)', en Estudios jurídicos en memoria de

Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604)".

"El citado autor sostiene:
'En el Uruguay, los principios generales de derecho
'inherentes a la personalidad humana', tienen expreso y
genérico reconocimiento constitucional y por tanto
participan de la suprema jerarquía normativa de la
Constitución rígida: quedan, pues, al margen del
arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el
control de inaplicabilidad de las Leyes
inconstitucionales, en caso de desconocimiento
legislativo ordinario' (Los Principios Generales de
Derecho en la Constitución Uruguaya, 2a. edición,
Montevideo, 1965, p. 15)".

"En la misma dirección,
Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que 'en
'América Latina hay una poderosa corriente cada vez más
'generalizada que reconoce un bloque de derechos
'integrado por los derechos asegurados explícitamente en
'el texto constitucional, los derechos contenidos en los
'instrumentos internacionales de derechos humanos y los
'derechos implícitos, donde el operador jurídico debe
'interpretar los derechos buscando preferir aquella
'fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la
'persona humana' (Risso Ferrand, Martín, Derecho
Constitucional, Tomo 1, 2a. edición ampliada y
actualizada, octubre de 2006, p. 114)".

En consonancia con ello, resulta indudable que así como no puede haber contradicción entre la Constitución y los pactos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado; tampoco puede existir contradicción entre el derecho penal y el derecho constitucional, en función de la natural supremacía que el segundo tiene por sobre el primero: *"el Derecho Penal debe regirse por lo que establece la Constitución, de forma y modo que si una ley o una disposición legal vulnera el texto de la Carta (o el sistema en ella establecido), adolecerá de insubsanable vicio de inconstitucionalidad, que podrá y deberá ser corregido, dentro de su propia normativa, por el recurso de inconstitucionalidad de la ley, a resolver por el máximo órgano de nuestro sistema judicial: la Suprema Corte de Justicia (arts. 256 y ss. de la Constitución"* (Langón Cuñarro, Barreda y Pecoy, Derecho Penal. Teoría de la Ley Penal, Tomo I, pág. 133).

V) Nuestro sistema constitucional descansa sobre varios principios básicos y fundamentales. Uno de los cuales, el denominado de legalidad y su derivado, de reserva (o dominio) de la ley, tienen también consagrados sus imperativos en la normativa internacional (art. 30 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, etc.), contenida -como se dijo- de manera

general en el art. 72 de la Carta: "*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*"; y más específicamente, en los arts. 10: "*Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*" y 12: "*Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal*".

En función de ellos, en el país -como Estado democrático que es- la ley (como expresión que emana de los mecanismos constitucionalmente consagrados), es el único -y exclusivo- manantial del que puede surgir el derecho penal. Y por ende sólo puede ser castigado penalmente aquel habitante (art. 1º) que de antemano sabía -o estaba en condiciones de saber- que esa conducta estaba prohibida.

Ambos principios funcionan pues -en materia penal- como freno o límite a la potestad sancionatoria del Estado, en tanto -en lo que aquí importa- impiden el castigo de conductas que previamente no han sido estricta y expresamente descritas como delito por una norma *de rango legal*; operando así como piedra angular para la positiva vigencia de los Derechos Humanos.

En este sentido enseña

Risso que el principio de reserva legal impone que *"cuando la Constitución autoriza limitaciones a ciertos derechos humanos y siempre dentro de los márgenes que establezca la Constitución, sólo la ley será un acto jurídico idóneo para establecer la limitación..."*, por lo que *"ni los actos Administrativos, ni los jurisdiccionales ni los Decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de Ley en su jurisdicción, son idóneos para establecer limitaciones a los derechos humanos y sólo podrán ejecutar dentro de los márgenes fijados por la Constitución y la Ley aquellas limitaciones que cuenten con base legal expresa y clara"* (Algunas Garantías Básicas de los Derechos Humanos, pág. 84).

Trasladando dicho concepto en lo que hace a la regulación de los tipos delictivos, en función de lo previsto en el art. 10 de la Constitución, señala Cairoli que *"El apotegma tiene para todos un valor absoluto y es para el legislador un factor directriz y un programa que se impone a sí mismo, es un imperativo que no admite desviación ni derogaciones y representa una conquista de la ciencia jurídica que obedece a exigencias de justicia y que sólo ha sido negado por regímenes totalitarios...Pero el principio de legalidad no sólo requiere que la ley preceda al hecho delictivo sino que además en ella se*

describan correctamente y claramente los preceptos penales. Ello en el entendido de que los ciudadanos conozcan de antemano cuáles son las conductas que no pueden cometer, pues si así lo hicieran serán castigados con la pena establecida en ellas ("El Derecho Penal Uruguayo y las Nuevas Tendencias Dogmático Penales", Tomo I, pág. 53).

Guillermo Payssé, examinando el mismo concepto, afirma que *"... se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de lex praevia, lex scripta y lex stricta"*, y en cuanto a esta última señala que *"la ley penal debe ser estricta (cierta) impone cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo"* (Manual para la Defensa Jurídica de los Derechos Humanos de la Infancia, págs. 48-49).

De igual manera, con base en tales premisas, también se ha pronunciado la Corte IDH: *"...en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de*

comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana...” (Kinkel vs. Argentina, No. 63); “...El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que ‘nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable’, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas ‘acciones u omisiones’ delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. Al respecto, la Corte ha establecido: [...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas

no penales. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita..." (Fermín Ramírez vs. Guatemala, No. 90).

Por tal razón, más allá de la discusión que pueda darse en relación a la constitucionalidad o no de las llamadas leyes penales "en blanco"; lo cierto es que como ha señalado la Corporación en su Sentencia No. 402/2013, la infracción constitucional no se verifica si al consignarse el tipo penal, su contenido no fuera susceptible de ser libremente complementado, en tanto existan normas legales previas que definan y establezcan de una forma clara e inequívoca cuál es la conducta punible, lo que implica que no sea el operador en el caso concreto, quien de manera arbitraria y despótica deba hacerlo.

Para decirlo de otra manera: no habrá colisión con la Constitución si se recurre a dicha técnica legislativa, pero existe una

normativa anterior que determina y define, de manera precisa, todos los aspectos de los que adolece la aprobada, cuyo contenido permita al funcionario encargado de aplicarla, realizar una adecuada integración que cumpla con los requisitos que exige la realización de los principios de marras, sin necesidad de incursionar en materia que constitucionalmente le está vedada, pues ella está reservada *en exclusiva* al legislador.

Ahora bien, en este contexto es lógico y apropiado concluir para quienes concurren a formar la voluntad del Cuerpo, que el art. 145 del Código Penal, en la primera de las hipótesis normadas, al recurrir al vago e indeterminado concepto de "*fin ilícito*", termina infringiendo los principios mencionados, en tanto no establece de un modo claro y preciso, en qué consiste. Y allí es donde finca el riesgo que para los derechos de las personas apareja tal indefinición.

Ciertamente se comprende el razonamiento de parte de la doctrina que considera que por tal debería entenderse la contradicción entre el hecho del hombre y un precepto encartado en los diversos ordenamientos jurídicos; pero esta Corte integrada en mayoría se permite observar que es precisamente esa indeterminación normativa lo que coloca a la disposición

fuera del marco constitucional.

Porque, además, por *ilícito* -según lo define el diccionario de la Real Academia Española- debe entenderse lo "*no permitido legal o moralmente*", con lo que el margen de interpretación, cuando hace expresa mención y en condiciones de igualdad a la *moral*, se amplía aún más, dejando en última instancia librado al arbitrio del funcionario su determinación en cada situación puntual.

Que se de por descontado que éste siempre va a decidir basado en que a lo que la norma apunta es a la infracción de la ley, prescindiendo de otras, no elimina el vicio de origen que afecta el precepto, que -se insiste en ello- no fija un límite claro y exacto de protección a los derechos de los habitantes, con lo que en definitiva su aplicación queda supeditada a la buena voluntad de la autoridad.

En forma concordante con este razonamiento se ha pronunciado Gonzalo Fernández, al observar que en ocasiones el derecho positivo de fondo presenta una serie de falencias que están en abierta infracción con los Derechos Humanos, y entre tales falencias indica la "*Tipificación con límites inciertos, por ocultación del verbo nuclear en algunos tipos delictivos (p. ej. 'corromper' en el art. 174 C.P.), a través del empleo de elementos descriptivos sin*

precisión semántica (ej. Art. 361 inc. 1º C.P.) o elementos objetivos y subjetivos de textura equívoca (ej. a mujer 'honesta' en el art. 266 C.P., el fin 'ilícito' en el art. 145 C.P..." (El Concepto de Derechos Humanos. Un Estudio Interdisciplinario, pág. 62).

Decididamente entonces son válidos y compartibles los reparos que esgrime el Sr. Fiscal de Corte en cuanto a que la norma "*constituye una doble vulneración del principio de reserva legal absolutamente inadmisibles. Por un lado delega en cualquier emisor de normas jurídicas, incluso administrativas, que pueda establecer preceptos de conducta, transformar los comportamientos contrarios a los mismos en ilícitos y con ello la búsqueda de su consecución en un fin ilícito. Y por otro delega en el magistrado penal, que pueda inferir ciertas reglas de conducta de la moralidad media y transformar a la búsqueda de su vulneración en un fin ilícito*". Pues como enseña Justino Jiménez de Aréchaga al analizar el art. 12 de la Carta, la sanción que emana de una ley penal no sólo debe estar previa y legalmente establecida. También debe estar *formalmente establecida*, lo que requiere que el tipo delictivo que contenga se encuentre "*perfectamente definido*" (La Constitución Nacional, Tomo I, pág. 243). Extremo que incumple la pauta en examen, que lo que en

definitiva consagra es un precepto penal *imperfectamente* definido.

En suma, que nadie pueda ser castigado por una conducta que no se encuentre previamente establecida en la ley penal en forma clara, nítida, estricta y precisa, para quien actúa, para las autoridades en general y para quienes tienen a su cargo la tarea de juzgar en particular, es un principio constitucional básico de amparo que la norma aplicada, en su primera hipótesis, irrespeta: "*Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad* (pág. 169, número marginal 65)" (Claus Roxin, "Derecho Penal, Parte General", Tomo Y, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas de Diego-Manuel LUZON PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas,

S.A., 1997. Citado por Raúl Cervini, en <http://fder.edu.uy/contenido/penal/cervini>, principio-legalidad).

VI) Se declarará asimismo, también en consonancia con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Corte y lo reclamado por los peticionantes, la vulneración del principio constitucional de proporcionalidad en relación a la segunda modalidad que prevé la norma penal impugnada.

Este principio general -que tuvo su punto de partida con la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1879, que en su art. 5º proclamó que *"La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad"*, y postula la adecuación de la pena a lo estrictamente necesario- opera con energía en el ámbito de los Derechos Humanos, y ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia interamericana (Corte IDH), que siguiendo los pasos de su par europea consideró implícita su existencia en la expresión *"necesaria en una sociedad democrática"* (O.C. 5/85, 8/87, caso Kimel vs. Argentina).

Como enseña Risso al examinar los límites a la potestad del legislador, es necesario efectuar tres análisis sucesivos, a fin de determinar:

1.- La necesidad de la restricción, es decir, si la limitación del derecho es necesaria o si existe otra forma de alcanzar el fin perseguido sin sacrificar el derecho o limitándolo en menor medida.

2.- La idoneidad de la restricción. Supone examinar si el medio elegido es idóneo.

3.- Ponderación en sentido estricto: es decir, debe considerarse primero, el grado de no satisfacción de un interés (derecho sacrificado), en segundo lugar, la importancia de la satisfacción de unos y otros intereses, ponderándose (Cf. Algunas Garantías Básicas de los Derechos Humanos, pág. 111).

Según el citado autor, el principio protector de proporcionalidad -que en sustancia apunta a la interdicción de normas, actuaciones o intervenciones excesivas o irrazonables por parte del poder estatal en un Estado de Derecho- debe ser admitido sin reservas en el sistema uruguayo, en la medida en que el artículo 7° de la Constitución *"nos está indicando, hasta con el uso de la expresión 'razones' que las leyes que limitan los derechos humanos deben ser conformes a la razón, razonables y esta razonabilidad se orienta hacia la noción de interés general como garantía de los derechos humanos, ... si no*

existe esta razonabilidad que exige el artículo 7 y otras disposiciones constitucionales, es evidente que la ley será inconstitucional” (ob. cit., pág. 126); y por ello concluye que “No puede haber dudas, en consecuencia, respecto a que la Suprema Corte de Justicia, sin ingresar en cuestiones de mérito o de valoración política, puede y debe analizar la razonabilidad de la ley limitadora de los derechos humanos y la existencia de una adecuada relación entre los medios utilizados por el legislador y los fines perseguidos por la ley (proporcionalidad). Y cuando la ley no cumpla con el parámetro de racionalidad o con el juicio de proporcionalidad deberá declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal en juego, por violar principios de rango constitucional” (ob. cit., pág. 127).

Resulta evidente para la mayoría que sancionar penalmente con pena privativa de libertad (aun cuando sea de prisión) a las personas por reunirse alborotadamente, aunque sea con las finalidades ya indicadas, traduce un claro exceso, cuando la paz pública, que es lo que la norma pretende proteger y salvaguardar (Cf. Bayardo, ob. cit., pág. 67), en realidad no necesariamente se ve afectada con la reunión.

Pues es menester tener

presente que la asonada, "en todas sus modalidades se consuma con el hecho de reunirse, sin necesidad de que se logren ninguno de los fines para que el ilícito se consume" (Bayardo, ob. cit., pág. 73; Cf. Camaño, ob. cit., pág. 56), por lo que castigar con cárcel la reunión, resulta a todas luces desmesurado.

Y en todo caso, si se entiende que la paz pública pudiera verse alterada por la mera reunión con las finalidades descritas en el tipo, sin duda existen medidas más idóneas, racionales y aptas para su protección, tales como el accionar preventivo, sin necesidad de llegar a la sanción penal. Un medio únicamente puede decirse que es *adecuado*, si el Estado o sus órganos no están en condiciones de optar por otra medida menos lesiva, pero de igual o mayor efectividad para restringir en menor grado el derecho o interés sacrificado.

En consecuencia, tratándose se la examinada de una norma penal inidónea e innecesaria, que a la vez traduce una patente, notoria e inadecuada desproporción entre los medios elegidos para proceder al sacrificio de los derechos afectados en relación al fin perseguido, resulta inevitable concluir, a la luz de los dictados de la lógica y la mejor razón, que ella se sitúa al margen de lo autorizado por el texto constitucional: "*En una sociedad democrática el*

poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado” (Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, No. 76, Sentencia de 2.5.2008).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia integrada y por mayoría

FALLA:

DECLÁRASE INCONSTITUCIONAL E INAPLICABLE EN EL CASO CONCRETO EL ART. 145 DEL CÓDIGO PENAL, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL.

Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

**DR. SERGIO TORRES
MINISTRO**

**DR. ROLANDO VOMERO
MINISTRO**

**DRA. GRACIELA GATTI
MINISTRA**

DISCORDE: Considero de

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA

autos.

rechazo el planteo de
inconstitucionalidad de

1.- El artículo 145 del Código Penal, se encuentra dentro del Título II Delitos contra el orden político interno del Estado, en el Capítulo sobre Delitos contra los estados extranjeros, sus jefes o representantes.

Señala Langón (Código Penal, Tomo II, Vol. I, pág. 45) que el orden político interno del Estado es "el orden constitucional, tal como está previsto en las normas respectivas de la Carta. No se protege genéricamente el 'orden público' como en el Código antiguo, sino específicamente lo que dice relación con la personalidad del Estado desde el punto de vista interno, preservando los órganos en que se sustenta el poder y a los mismos titulares de ellos, en toda su extensión. En definitiva las diferentes figuras protegen tanto la propia existencia de los órganos políticos, como la efectividad del ejercicio de sus funciones y aun la propia tranquilidad y paz con que deben ser ejercidos los mismos".

Parte de la doctrina ha opinado que el bien jurídico tutelado es la paz pública, en tanto de acuerdo a su propia definición resulta descartada la inclusión dentro de esos delitos, pero

para otros, como Bayardo, ese aserto no es real, en tanto concluye que "la gravedad del hecho respectivo, y las finalidades sobre las que se proyecta la actitud del agente, permiten perfilar un tipo de reunión que afecte el bien jurídico que se trata de preservar: la debida tranquilidad con que deben ejercer sus funciones los órganos políticos. El sujeto pasivo de la conducta, como titular del bien jurídico que se protege, es el Estado" (Derecho Penal Uruguayo, Tomo IV, Parte Especial, Vol. I, pág. 69).

De acuerdo a lo que establece el artículo 145 del Código Penal, para la configuración del delito se requiere una reunión plural, dado que se requiere un número de personas no menor de cuatro, cuyo fin debe ser:

- Causar alboroto en el pueblo, con algún fin ilícito que no esté comprendido en los delitos precedentes (sedición, motín).

- Perturbar con gritos, injurias o amenazas, una reunión pública o la celebración de alguna fiesta, religiosa o cívica.

- Exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta.

Señala Langón (Código Penal, Tomo II, pág. 122) que "en la asonada nunca puede haber ejercicio de la violencia física ya que este medio

típico está excluido de la disposición que exige sólo amenazas, gritos o injurias" y que este delito "se consuma con la reunión ya sea para alborotar, para perturbar o para exigir, por lo que no es concebible la tentativa".

Salvagno Campos, dice que el elemento subjetivo consiste en la conciencia del número de agentes "reunidos con la finalidad de causar alboroto en el pueblo con alguna de las finalidades indicadas en el elemento material", señalando que el delito "queda perfecto por la sola circunstancia de la reunión. Es indiferente, como es obvio, que tal reunión haya sido concertada de antemano o que sea improvisada. Tampoco es necesario el logro de ninguno de los propósitos delictivos propuestos. En la segunda forma del elemento material la reunión pacífica no consuma la ejecución, se deben proferir gritos, injurias o amenazas" (Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen Primero, págs. 178-182).

Conforme Camaño Rosa, son fuentes del artículo 145 del Código Penal Uruguayo antiguo, artículos 124, 125, que procedían del Art. 228 Argentino de 1886 y concuerda también con el artículo 654 italiano, conteniendo como presupuesto negativo que el hecho se cometa con algún fin ilícito que no esté comprendido en los artículos precedentes, tratándose de

un delito subsidiario, mientras que si no existieran esos fines, podría constituir una falta contra el orden público (art. 360, incs. 1 y 2 del C. Penal) o en otras circunstancias, puede caer en la violencia privada (art. 288 C. Penal), también caracterizado por ser un delito de peligro, que se consuma con la reunión de los alborotadores.

2.- Con relación a los artículos 8, 29 y 38 de la Constitución, todos los Sres. Ministros Integrantes, son contestes en que no existe vulneración a través del tipo penal en estudio, por lo que al respecto esa coincidencia, de plano descarta la inconstitucionalidad de la norma.

3.- El artículo 8 de la Constitución establece el principio de igualdad y según Risso Ferrand, completando esa disposición con lo preceptuado por el artículo 9, "la igualdad ante la ley se materializa, entonces, básicamente en dos aspectos: (a) en la prohibición de fueros o leyes especiales (excepto claro está, las excepciones constitucionales), y (b) en una igual protección por parte de las leyes" (Derecho Constitucional, pág. 504).

Los excepcionantes señalan que este derecho es violado por el artículo 145 del Código Penal, porque deja sujeta la aplicación del delito a la evaluación subjetiva y al mayor o menor

criterio restrictivo de los magistrados ante cada caso, dejando a los posibles enjuiciados librados al azar de la buena o mala suerte que le toque según el juez que entienda en el caso.

Señala Risso Ferrand (Derecho Constitucional, pág. 517) que la igualdad en la aplicación de la ley (que es a la que apunta el criterio sostenido por los excepcionantes) "obliga a que la ley sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencias. Se trata de un aspecto de la igualdad que se proyecta a todo órgano público limitando su actuación. Se prohíbe así la posibilidad de que en la aplicación de una norma legal o reglamentaria puedan efectuarse diferenciaciones artificiales, sino que por el contrario todos quienes se encuentran en similar situación deberán recibir el mismo tratamiento".

De acuerdo a lo que se resolverá en cuanto a la inconstitucionalidad basada en la violación de los artículos 7 y 10, el criterio sustentado no es de recibo, en tanto no se advierte que afecte en mayor o menor grado al principio de igualdad, la apreciación que el juez pueda realizar con respecto a la aplicación de la norma, puesto que de seguir ese criterio, cualquier norma estaría afectada de

inconstitucionalidad, cuando dejara un margen de apreciación que variara de acuerdo la interpretación que haga un juez u otro.

Respecto del alcance del principio de igualdad, ha sostenido reiteradamente la Corporación que: "Respecto del principio de igualdad contenido en la Carta Fundamental, la Corporación ha sostenido, en forma invariable, que el mismo '... no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. Tal como explica Recasens Siches,... 'los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho' respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal, y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración (Filosofía del Derecho, pág. 590). De ahí, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga, la jurisprudencia norteamericana haya sustentado que...ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la declaración de derechos, pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases

de personas, a condición de que... todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción (La Constitución Nacional, Ed. Cámara de Senadores, T. 1, pág. 367)'” (Cf. Sentencias Nos. 323/94, 720/96, 168/2009 de la Suprema Corte de Justicia, entre muchas otras.).

No se advierte que la disposición impugnada conculque el principio de igualdad con el sentido antes expuesto por cuanto, porque no crea categorías específicas de destinatarios sino que todos los habitantes de la República son alcanzados por la prohibición sin distinción de clase alguna en tanto se cumpla con los requisitos establecidos en su presupuesto.

Por definición, la variedad de criterios jurisprudenciales en la aplicación de una misma norma no es causal de desigualdad, sino la consecuencia de la independencia de los órganos del Poder Judicial para decir el derecho y decidir el caso concreto en cada grado y por cada órgano, según lo que la misma la Constitución establece sobre el punto (arts. 233 y siguientes).

La norma impugnada establece una categoría general y abstracta de eventuales

sujetos activos de las conductas prohibidas sin distinguir, pues no se trata de un delito a sujeto calificado, lo que resulta de la redacción legal que al determinar el sujeto activo de la conducta, utiliza el giro "los que" indudablemente de máxima generalidad y amplitud.

Según lo señalado, corresponde sostener que no se verifica en la especie la pretendida vulneración del principio de igualdad.

4.- El artículo 29 de la Constitución refiere a un derecho más amplio que la mera expresión del pensamiento, en tanto, según Cassinelli Muñoz lleva implícito el derecho a la expresión, abarca además a un sujeto distinto del emisor, alcanzando al receptor (Derecho Público, Vol. I, pág. 63).

La libertad de pensamiento a que apunta el artículo 29 de la Constitución, significa la posibilidad de su comunicación y la violación que de ella pretenden los excepcionantes, se basa en que el delito de asonada puede ser utilizado cuando el poder de turno no le guste una determinada manifestación pública.

Sin embargo, no es así en tanto, no puede entenderse que el tipo penal limite la libertad de expresión, sino que lo penado es la reunión con las finalidades que la norma establece.

La norma no impide la protesta social, ni la crítica a la autoridad, puesto que lo sancionado es la reunión con fines de perturbación de ciertas celebraciones o reuniones públicas, con gritos, injurias o amenazas, de lo que se deriva que no se sanciona la libre expresión del pensamiento.

En ese sentido es de ver que la Relatoría Especial para la libertad de expresión, Informe anual de 2005, "Capítulo V: Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión", ha señalado que "dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros. No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático".

La disposición en análisis no determina un menoscabo del derecho a manifestar y por consiguiente la libertad de expresión, pues en el tipo penal se ingresa como elemento la reunión con las

finalidades expresadas por la norma, no la expresión del pensamiento, que no aparece como condición de la existencia de la figura en análisis.

5.- Tampoco violenta el artículo 38 de la Constitución, en la medida que esta norma admite la restricción del derecho a la reunión pacífica y sin armas, cuando exista ley al respecto y se "oponga a la salud, la seguridad y el orden público".

Conforme Jiménez de Aréchaga (La Constitución Nacional, Tomo I, pág. 270) "reunión es el concurso temporario de un conjunto de personas en un mismo lugar, que tiene por finalidad la exposición de ideas, el debate o la exhibición de una fuerza social".

Como señala Salvagno Campos (Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen Primero 1946, pág. 178) el delito en estudio "no tiene carácter de delito político estricto senso, por cuanto su elemento material, según se verá luego, es antes que todo, lesiva para la paz pública o para la libertad individual de las creencias".

De acuerdo a los hechos que tipifican el delito, las reuniones celebradas pueden perjudicar la paz pública, por lo que encartan dentro de la posibilidad de excepción prevista por el propio artículo 38 y descartan su inconstitucionalidad.

6.- En cuanto a la violación de los artículos 7, 10, 72 y 332 de la Constitución debe decirse lo siguiente.

El artículo 7 de la Constitución consagra la existencia de dos tipos de derecho, es decir aquellos que enumera expresamente cuya existencia reconoce, en función de ser inherentes a la persona humana y el derecho a ser protegido en el goce de esos derechos, que sí son consagrados por la norma.

Los excepcionantes dicen que la norma, a su criterio, viciada de inconstitucionalidad viola los derechos de libertad y seguridad, consagrados por el artículo citado (fs. 533 vto.).

Señala Risso Ferrand (Derecho Constitucional, pág. 470) que "dentro de este ámbito de libertad la Constitución reconoce y garantiza a los individuos, debe destacarse especialmente el artículo 10...", por lo que habiendo expresado los excepcionantes que ambos artículos son violados por el artículo 145 del Código Penal, resulta necesario analizarlos conjuntamente.

7.- Llegado a este punto de análisis, es necesario recordar que la fundamentación de los excepcionantes se basó en considerar que el artículo 145 del Código Penal, al no establecer cuál es fin

ilícito a que refiere, viola las normas constitucionales citadas y también el artículo 1 del Código Penal, en la medida que éste recoge el principio de legalidad y por consiguiente viola también el principio de legalidad consagrado por el artículo 10 de la Constitución.

Por lo expresado, la cuestión a dilucidar con relación a la inconstitucionalidad pretendida con relación a estos artículos, es la determinación de si efectivamente la expresión utilizada por la norma determina la suficiente indeterminación como para que, en definitiva contradiga los preceptos constitucionales aludidos.

8.- Señala Risso Ferrand que el principio de legalidad aparece "básicamente como una garantía frente al obrar de la Administración" (Derecho Constitucional, pág. 412) y que éste se completa con la existencia de materias de reserva legal, o sea aquellas sobre que no se pueden regular sino a través de la ley.

Sobre el principio de legalidad, señala Luzón Peña (Curso de Derecho Penal, Parte General I, pág. 81) que "esta garantía de carácter predominantemente formal, pero con repercusiones materiales (de técnica legislativa que se resumen en la triple exigencia de 'lex praevia, scripta et stricta') (omissis) tiene un evidente fundamento político constitucional, proveniente de la ideología liberal de

la Ilustración y de su teoría de la división de poderes y se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano”.

9.- La norma analizada establece una prohibición penal, por lo que, con el fin de determinar los límites impuestos por las normas constitucionales al legislador a la hora de consagrar delitos, en la medida que no deben colidir con las disposiciones constitucionales, se vuelve útil recurrir a los conceptos que elabora la dogmática penal.

Así, se suele distinguir entre derecho penal subjetivo y objetivo, y al respecto Enrique Bacigalupo (Manual de Derecho Penal, pág. 25), señala que el primero “es la expresión con que se designa el derecho subjetivo de penar correspondiente al Estado. El derecho penal subjetivo se opone, de esta manera, al derecho penal objetivo, es decir, al constituido por las manifestaciones concretas de aquel contenidas en las leyes penales. El concepto de derecho penal subjetivo está sujeto, por lo tanto, a todas las objeciones teóricas que se han hecho a la teoría del derecho subjetivo. Sin embargo, el concepto de derecho penal subjetivo tiene un sentido correcto si se lo considera como el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado. Esas condiciones tienen carácter

constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal".

10.- De las disposiciones contenidas en los artículos 7 y 10 de la Carta resulta que el establecimiento de un tipo penal reconoce distintos niveles de exigencia, es decir que se trate de ley formal, y que la norma contenga la descripción de la conducta prohibida.

A ello se suma la garantía que establece el artículo 10 de la Constitución, en tanto no es suficiente con que una ley prohíba una conducta sino que además la conducta prohibida debe tener la virtualidad o cierto grado de probabilidad de lesionar un bien jurídico de los reconocidos constitucionalmente en el artículo 7 de la Carta.

El alcance del principio de legalidad en relación a la ley penal, está previsto por el artículo 1 del Código Penal y según Langón (Manual de derecho Penal Uruguayo, pág. 19) significa que "no debe haber delito sin una ley previa, escrita y estricta que lo establezca en forma determinada y precisa".

A los efectos de analizar lo debatido es necesario también hacer una breve referencia a la existencia de la clasificación que distingue los delitos de daño y los de peligro, siendo

los primeros aquellos "en los cuales el bien jurídico ha sido destruido o disminuido en su materialidad" y los segundos "suponen haber puesto en riesgo el bien jurídico, ya que el delito consiste, en estos casos, en crear la objetiva probabilidad de un daño" (Langón, Manual de Derecho Penal Uruguayo, pág. 161), existiendo dentro de estos últimos los de peligro abstracto, que requisen la comprobación del peligro efectivamente sufrido por el bien jurídico protegido y peligro concreto, donde se prohíbe la conducta por ser en sí misma peligrosa para el bien jurídico tutelado.

Señala el Sr. Ministro Dr. Charles en su voto (lo que es compartido) que las disposiciones constitucionales, a pesar de las fórmulas como están redactadas, pueden contener términos muy precisos que notoriamente refieren a ciertas cosas o situaciones o pueden contener términos muy vagos o abstractos, y esto tiene suma importancia. En atención a esto, Ronald Dworkin en "Los Derechos en serio", plantea una distinción de gran utilidad contraponiendo los "conceptos constitucionales", a las "concesiones constitucionales". Los primeros en cierto modo asimilables a los conceptos jurídicos indeterminados refieren a aquellas expresiones vagas o amplias que se incluyen en enunciados normativos, que dada su amplitud, generan que el elenco de cosas o situaciones que

representan se modifique con el tiempo. En lo que refiere a las concesiones son expresiones que integran un enunciado normativo constitucional y que poseen un sentido concreto conferido por el constituyente quien se encargó de definir su significado.

11.- Tampoco puede quedar ajeno al análisis de la correspondencia de la norma en estudio, la distinción entre ley penal en blanco y tipo penal abierto.

Bustos Ramírez (Introducción al Derecho Penal, págs. 59 y siguientes) dice que la ley penal en blanco es "aquella en que la materia de la prohibición es entregada a una disposición de rango inferior" y que "evidentemente en todos estos casos se produce un conflicto con la disposición constitucional de la legalidad de los delitos, ya que expresamente el legislador, sin competencia para ello, está haciendo dejación de esa potestad que le corresponde en forma exclusiva", no obstante lo cual el autor, admitiendo la imposibilidad de que el legislador en cuanto a legislar de esa manera en determinados casos, señala que el problema se centra en determinar los límites puestos al legislador para legislar de esa manera, acudiendo a la distinción entre ley penal autónoma y ley dependiente y así "la ley penal en blanco ha de conservar siempre el carácter de autonomía y no pasar a ser dependiente o

complementaria en su función de una disposición de rango inferior" (Op. Cit., pág. 60).

El autor citado señala también que los tipos abiertos son muy similares a las leyes penales en blanco, pero en este caso "se trata de una remisión tácita o implícita a la autoridad judicial" (Op. Cit., pág. 61) y concluye que "al igual que en las leyes penales en blanco, el límite de lo admisible desde el punto de vista constitucional sólo quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición, y, por tanto, la complementación ya no sea sólo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa" (Op. Cit., pág. 62).

Langón (Manual de Derecho Penal, pág. 79) señala que no deben confundirse las leyes o tipos penales en blanco con los tipos abiertos, pues en los primeros el precepto no existe mientras que en los segundos existe, pero el juez tiene una "amplia gama de interpretación para establecer el contenido de la prohibición".

Con relación a las normas penales en blanco, la Suprema Corte de Justicia ha dicho que "la amplitud con que una norma describe una figura, ya sea mediante otra Ley o a través de normas de naturaleza administrativa, no colide con la

Constitución, siempre que se advierta en forma inequívoca que está dentro del sistema resignificaciones que la propia Ley", agregando que "en general pues, se admite la validez de la Ley penal en blanco siempre que no deje a los ciudadanos cierta incertidumbre sobre la licitud o ilicitud de sus actos. Pueden resumirse estos conceptos señalando que la Ley penal en blanco es aceptable cuando tiene caracteres capaces de asegurar al ciudadano el conocimiento cabal de los mandatos y prohibiciones protegidos por una norma penal. Para ello pueden establecerse varios principios, a saber: 1) La ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión sancionable, abandonando a la disposición complementaria la precisión de las condiciones en que ello sucederá. 2) La ley penal en blanco que se remita a una norma inferior jerárquicamente, debe determinar pro sí misma la sanción 3) Las normas complementarias deben ser conocidas por quienes deban cumplirlas. 4) Como el contenido de la norma complementaria integra el tipo de la ley penal en blanco, tiene que determinar el hecho punible o sea precisar los contornos de lo que está prohibido..." (Sentencia No. 74/1997 de la Suprema Corte de Justicia)" (Sentencia No. 402/2013 de 21 de agosto de 2013).

Por tanto, si nos encontráramos en el ámbito de estas normas, no podría

tacharse de inconstitucional la disposición, siguiendo el criterio precedentemente enunciado-

12.- También, continuando con el análisis, debe tenerse presente que el bien jurídico opera como elemento orientador en el establecimiento de leyes penales prohibitivas. "El bien jurídico tiene una función de tipo sistemático, en cuanto a la agrupación de los delitos conforme al objeto de la protección" (Langón, Manual de Derecho Penal Uruguayo, pág. 30).

Según Jescheck (Tratado de Derecho Penal, Parte General, pág. 351) "el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos. Pero el bien jurídico no puede identificarse sin más con la ratio legis, sino que ha de poseer un sentido social propio, previo a la norma penal y en sí mismo decidido, pues de lo contrario sería incapaz de servir a su cometido sin contrapartida de las causas de justificación en caso de conflicto de valoración" y está llamado a cumplir distintas funciones, como ser tener en cuenta que todos los tipos de delitos se centran en torno a uno o varios bienes jurídicos, ofrece el criterio de clasificación decisivo para la formación de grupos de tipos y existieren bienes jurídicos del particular, dentro de los cuales aparecen subgrupos de bienes altamente personales y bienes jurídicos de la colectividad.

De acuerdo con el autor citado "al construir los tipos jurídico-penales el legislador utiliza elementos descriptivos y valorativos (normativos), tanto para la caracterización de circunstancias exteriores (objetivas), como interiores (subjetivas)", tratándose los primeros de "conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real" y los segundos apuntan a "hechos que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma" (Op. Cit., pág. 365).

Siguiendo estos criterios, se advierte que en la disposición en cuestión el precepto contiene una descripción de la conducta prohibida que abarca a "los que se reúnen en número que no baje de cuatro personas, para causar alboroto en el pueblo...", calificándolo así de delito plurisubjetivo, adicionando el legislador, a la descripción de dicha conducta, un elemento subjetivo del tipo penal, que consiste en la exigencia de que además de la conducta descripta los sujetos tenga un fin ilícito.

Los elementos normativos conectan con la antijuridicidad de la conducta penalmente prohibida contrastada ésta con el resto del orden jurídico. Mientras que los elementos descriptivos refieren prevalentemente al plano del ser los elementos

normativos en tanto refieren a la idea de valor directa o indirectamente en tanto se conectan con el sistema normativo jurídico dicen relación predominantemente con el plano del deber ser.

13.- De acuerdo a lo que viene de decirse, no hay vulneración del principio de legalidad, cuando en la primera modalidad el artículo 145 del Código Penal dice "con algún fin ilícito que no esté comprendido en los delitos precedentes", pues la interpretación que corresponde hacer con relación a "fin ilícito", es aquella que señala que se trata de ilícito como contrario al ordenamiento jurídico penal, caracterizándose por ser una figura subsidiaria.

Esa ilicitud sólo puede referir a figuras delictivas penales, lo que surge de la referencia que el propio artículo hace con relación a los delitos precedentes, que excluye expresamente, por lo que no puede tratarse de una norma administrativa o reglamentaria.

La supuesta indeterminación que conllevaría esa remisión, no es tal cuando resulta determinable de forma sencilla, como la interpretación señalada lo permite.

La segunda modalidad, es decir la de "perturbar con gritos, injurias o amenazas una reunión pública o la celebración de alguna fiesta,

religiosa o cívica", tampoco presenta afectación alguna de normas constitucionales, en tanto, la finalidad es la estabilidad del estado de derecho a las que se deben adecuar las manifestaciones incluidas las de protesta, puesto que lo sancionado son los excesos y no el reclamo en sí mismo.

Señala Bayardo (Derecho Penal Uruguayo, Tomo IV, pág. 70), con relación al fin ilícito mencionado en la norma, que "no existiendo ninguna precisión legal respecto de la naturaleza del hecho ilícito (cuando la ley se ha querido referir al ilícito delictual, lo ha dicho expresamente), debe entenderse por tal, la contradicción entre el hecho del hombre y un precepto encartado en diversos ordenamientos jurídicos (administrativo, civil, etc.)", mientras que Cairoli (Curso de Derecho Penal Uruguayo, Tomo IV, pág. 78), señala que "por fin ilícito debe entenderse la contradicción entre el hecho del hombre y un precepto encartado en diversos ordenamientos jurídicos, civil, administrativo, etc...".

Sin lugar a dudas esta interpretación permite cumplir uno de los principios fundamentales a la hora de analizar la constitucionalidad de una norma, puesto que a esos efectos deben tenerse en cuenta dos principios: la interpretación debe hacerse conforme a la Constitución y

el de conservación, que "busca compatibilizar la supremacía de la Constitución con la voluntad del legislador en lo que sea posible" (Risso Ferrand, Derecho Constitucional, pág. 215) y que tiene dos proyecciones, que llevan a que no corresponde declarar la inconstitucionalidad cuando existe una duda razonable en cuanto a la contradicción con la Carta y a que si hay más de una interpretación posible de la norma, debe optarse por aquella que resulte compatible con la Constitución (Conf. Risso Ferrand, Op. Cit., pág. 215).

14.- No escapa al análisis que también debe tenerse en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sostiene Risso Ferrand (Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos, pág. 127) que "no puede haber dudas, en consecuencia, respecto a que la Suprema Corte de Justicia, sin ingresar en cuestiones de mérito o de valoración política, puede y debe analizar la razonabilidad de la ley limitadora de los derechos humanos y la existencia de una adecuada relación entre los medios utilizados por el legislador y los fines perseguidos por la ley (proporcionalidad). Y cuando la ley no cumpla con el parámetro de racionalidad o con el juicio de proporcionalidad deberá declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal en juego, por violar principios

de rango constitucional".

Sin embargo, no puede concluirse que efectivamente se enfrenten estos criterios, en la medida que de estar a ese criterio sucedería lo mismo con todos los delitos de peligro, a la vez que, en cuanto a la proporcionalidad, el reproche penal es el medio idóneo para la tutela del bien jurídico, cuando las medidas preventivas no logran cumplir su fin.

En función de lo antedicho y también en el caso de la tercera modalidad, es decir "para exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta", no se ataca el principio de razonabilidad ni de proporcionalidad.

15.- Tampoco se ha vulnerado el artículo 72 de la Constitución, en la medida que lo ya señalado con respecto al principio de legalidad, resuelve esta cuestión, lo mismo que sucede con los demás preceptos sobre los que ya se abundó.

El mencionado artículo, con su intención abarcativa en relación a aquellos derechos fundamentales que pudieran no haber sido especificados, no puede ser vulnerado cuando los que se enumeraron por los excepcionantes, tampoco lo son.

16.- En definitiva, de acuerdo a lo señalado, considero que no corresponde declarar la

inconstitucionalidad del artículo 145 del Código Penal, por lo que voto por desestimar la excepción deducida.

**DISCORDE: POR LAS RAZONES
QUE SE EXPONEN. ANTECEDEN-**

TES: 1) Por Decreto No.

**DR. LUIS CHARLES
MINISTRO**

2260/2013 del 4 de noviem-

bre de 2013 (fs. 407 a 476) la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 9no. Turno Dra. Gabriela Merialdo Cobelli, dispuso el procesamiento sin prisión y bajo caución juratoria de I. G. L. D., J. P. Z. W., P. V. B. B., A. J. B., A. V. B., D. J. F. y E. J. F., imputados prima facie de la comisión en calidad de autores de un delito de Asonada.

2) Contra dicha resolución el Sr. Fiscal Letrado Nacional de 8vo. Turno, Dr. Gustavo Zubía, quien había solicitado el procesamiento con medidas privativas de libertad para I. L., J. Z., P. B. y A. J. como autores de un delito de atentado agravado y el procesamiento de A. V., D. J. y E. J. como cómplices de un delito de atentado agravado, interpuso los recursos de reposición y apelación en subsidio (fs. 498 a 510).

3) La defensa de P. B. interpuso también contra la decisión de enjuiciamiento los recursos de reposición y apelación en subsidio (fs.

511 a 519).

4) Por su parte las Defensas de A. V., A. J., D. J., J. Z., E. J. e I. L., interpusieron los recursos de reposición y apelación en subsidio, contra la decisión de enjuiciamiento. Asimismo dedujeron la inconstitucionalidad por la vía de excepción respecto al art. 145 del Código Penal (delito de Asonada). También promovieron incidente de recusación respecto a los Sres. Ministros de la Suprema Corte de Justicia (fs. 520 a 544).

En lo que hace a la excepción de inconstitucionalidad afirmaron en primer lugar que están legitimados para presentarla ya que son titulares de un interés directo, personal y legítimo.

En cuanto al contenido señalaron que el art. 145 del Código Penal constituye un típico caso de norma penal "en blanco" por cuanto no establece a texto expreso cual es el fin ilícito que debe imbuir el ánimo o propósito de los eventuales responsables penales. Afirmaron que es una figura delictiva residual pues se habla de "fin ilícito" el que debe ser distinto de los previstos en las normas que le preceden, pero se omite establecer de manera precisa y expresa cuál es ese fin ilícito.

Sostuvieron que en consecuencia se dio en primer lugar el principio de legalidad

pero también los de seguridad e igualdad que están consagrados en los arts. 10, 18, 7 y 8 de la Constitución de la República.

También hicieron referencia a que se advierte una evidente irracionalidad y desproporción de la figura penal y su punición respecto del supuesto bien jurídico que tutela.

Sostuvieron que se vulnera el art. 7 de la Constitución que consagra la protección de los habitantes de la República en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad; el art. 8 que consagra el derecho de igualdad de todas las personas ante la ley; el art. 10 que es una de las bases del principio de legalidad y que también protege el derecho a la libertad; el art. 29 que refiere a la libertad de expresión; el art. 38 que garantiza el derecho de reunión y los arts. 72 y 332 de los cuales se desprende la filiación de nuestras normas constitucionales a la teoría del derecho natural.

Concluyeron que la utilización del delito de Asonada respecto de los accionantes, de sus actos y sus motivaciones, genera el efecto de criminalizar la protesta social vinculada al tema de los Derechos Humanos.

5) Por Decreto No. 2431/2013 de fs. 548 a 550, la nueva titular de la Sede Dra.

Blanca Rieiro Fernández, en atención a la inconstitucionalidad interpuesta por vía de excepción por parte de los encausados suspendió el proceso y dispuso la elevación a la Suprema Corte de Justicia.

Sin embargo también suspendió el proceso respecto a P. B., quien no interpuso recurso de inconstitucionalidad. Fundó tal decisión en el principio in bonan parte y el efecto extensivo o comunicante de la impugnación, por la posibilidad de que recaiga una eventual sentencia favorable que comprenda a quien omitió interponer el recurso.

6) La Suprema Corte de Justicia por Sentencia No. 2269 de fs. 560 a 561 vto., no aceptó la recusación planteada, pero dejó solicitado el derecho de abstención previsto por el art. 326.3 del Código General del Proceso.

Fue así que la Suprema Corte de Justicia (integrada en sus cinco miembros) por Sentencia No. 753 del 7 de abril de 2014 (fs. 46 a 48 vto.), del acordonado caratulado "L. D., I. G. y otros. Un delito de Asonada", IUE: 1-180/2013, desestimó la recusación y autorizó la inhibición en el expediente principal IUE: 94-35/2013.

En atención a ello se procedió a integrar nuevamente la Suprema Corte de Justicia en sus cinco miembros (fs. 581).

7) Conferida vista al Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 8vo. Turno, Dr. Gustavo Zubía, la evacuó de fs. 592 a 598, aclarando en primer término que no había solicitado la imputación del delito de Asonada, sino la prevista en el art. 171 del Código Penal, esto es el delito de Atentado.

Solicitó el rechazo del planteo de inconstitucionalidad referente a la norma establecida en el art. 145 del Código Penal por no encontrarse lo suficientemente fundado.

En tal sentido destacó que la referida norma legal no castiga la manifestación de discrepancia en sí, sino los medios atentatorios contra el orden público y otros derechos individuales y humanos, que terminan por vulnerar los derechos que se pretenden defender. Afirmó que el recurso no se encuentra suficientemente fundado a través de un análisis totalmente parcializado de las normas constitucionales en examen que se manejan sin siquiera confrontar los textos más arduos de remontar, que emanan de las mismas, como para aceptar el planteo en estudio.

8) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte y Procurador de la Nación, Dr. Jorge Díaz Almeida, la evacuó de fs. 602 a 617, concluyendo que procede a acoger la excepción de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 145 del Código Penal

en cuanto a las dos modalidades reseñadas, por vulnerar la reserva legal y las garantías materiales recogidas en los parámetros de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad establecidas en los artículos 7, 29, 38 y 72 de la Constitución de la República.

En tal sentido afirmó que la primer modalidad del delito (reunión de cuatro o más personas para causar alboroto en el pueblo con algún fin ilícito), es inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad. Afirmó que el concepto de fin ilícito es jurídicamente indeterminado y no hay sobre él en la ley pautas o directivas claras para su precisa determinación por parte del intérprete o aplicador. Constituye una doble vulneración del principio de reserva legal absolutamente inadmisibles. Por un lado delega en cualquier emisor de normas jurídicas, incluso administrativas, que pueda establecer preceptos de conducta, transformar los comportamientos contrarios a los mismos en ilícitos y con ello la búsqueda de su consecución en un fin ilícito. Por otro lado, delega en el Magistrado penal que pueda inferir ciertas reglas de conducta de la moralidad media y transformar a la búsqueda de su vulneración en un fin ilícito.

Respecto a la segunda modalidad, que consiste en la reunión de cuatro o más personas para perturbar, inmutar o transformar el orden

y concierto de una reunión pública o de la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica, mediante gritos, injurias o amenazas; deviene inconstitucional por vulnerar los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El hecho punible es la reunión con la finalidad de perturbar, no la perturbación que es el propósito de aquella. La efectiva perturbación puede eventualmente encartar en otras figuras delictivas.

Se vulnera el principio de proporcionalidad, primero porque no es necesario restringir el ejercicio del derecho de reunión consagrado en la Constitución para mantener la paz pública, desde que ésta no se vulnera por aquél ejercicio. Segundo porque la restricción por medio de la amenaza del reproche penal no es idónea para lograr el fin perseguido y el Estado puede tomar todas las medidas preventivas que entienda necesario para hacerlo.

Además el delito vulnera el principio de razonabilidad puesto que no existe una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley (proteger la paz pública) y los medios que utiliza para lograrlo (tipificar como delito la simple reunión con esa finalidad aunque ésta no se concrete).

FUNDAMENTOS:

En primer lugar corresponde precisar que el objeto que tiene la

excepción de inconstitucionalidad promovida respecto al art. 145 del Código Penal (delito de Asonada) es determinar si tal disposición legal viola o no las normas y principios constitucionales referenciados y de así corresponder disponer su inaplicabilidad al caso concreto.

No se trata en esta etapa de resolver si existen elementos de convicción suficientes respecto a la participación de los encausados en los hechos imputados prima facie, tampoco si éstos constituyen o no delito, ni si se adecuan típicamente a la figura imputada o eventualmente a otra.

En dicho marco conceptual y en lo que hace al aspecto formal, entiendo que la "a-quo" ha cometido un error al suspender la tramitación de la causa penal respecto a P. V. B. B., ya que ésta no interpuso el recurso de inconstitucionalidad, no correspondiendo al Juez suplir su voluntad al respecto.

Se trata de una norma clara, que exige un interés directo, personal y legítimo y que sólo suspende el proceso respecto a quien deduce la inconstitucionalidad ya sea por vía de acción, excepción o defensa. No es posible extender los efectos de la excepción a quien no la dedujo, ni siquiera invocando como lo hizo la "a-quo" el principio in bonan parte y el efecto extensivo, lo que es inaplicable al

caso.

La Juez debió formar una pieza por la situación de P. B. y en ella sustanciar los recursos deducidos contra la decisión de enjuiciamiento. Nada la habilitaba a suspender el procedimiento a una encausada que no manifestó su interés en tal sentido.

Corresponde efectuar un análisis de la figura del delito de Asonada. Conforme Camaño Rosa son fuentes del art. 145 del Código Penal los arts. 124, 125 Uruguayo antiguo, que a su vez procedían del art. 228 Argentino de 1886. Concuerda además con el art. 654 Italiano. Presupuesto negativo es que el hecho se cometa con algún fin ilícito que no esté comprendido en los artículos precedentes. Es un delito subsidiario. Careciendo de estos fines, puede constituir una falta contra el orden público (art. 360 incs. 1º y 2º del Código Penal) en otra circunstancia, puede caer en la violencia privada (art. 288 del Código Penal). Consiste en reunirse con los fines indicados. Es delito de peligro. Se consuma con la reunión de los alborotadores o con la exteriorización correspondiente. Requiere el dolo específico, caracterizado por los fines mencionados por vía de ejemplo.

Por su parte Langón al comentar la referida figura ilícita señala que se trata de una reunión plural, pero ya no necesariamente

tumultuaria, requiriéndose no obstante a texto expreso, una apreciable número de sujetos activos, los que deben ser por lo menos cuatro.

La figura exige el cumplimiento de un requisito subjetivo típico que puede concretarse en la finalidad de: a) "causar alboroto", en el pueblo con algún fin "ilícito", que no estuviere comprendido en los artículos precedentes (lo que señala la naturaleza subsidiaria de la figura); b) "perturbar" mediante "gritos, injurias o amenazas" una reunión pública o alguna fiesta religiosa o cívica y c) "exigir de los particulares " alguna cosa justa o injusta.

Es la modalidad de menor entidad cualitativa de las figuras consideradas en éste título, que sólo puede imputarse cuando la conducta no configure ni rebelión, ni sedición, ni motín y que a su vez tenga más entidad que la mera "cencerrada" contraria al reposo de la población (art. 360 nral. 2º del Código Penal), de la que se diferencia por la ilicitud del fin requerido por la Asonada y porque no están dirigidos los agravios necesariamente contra el gobierno, ni las autoridades, sino que se afectan a la población en general o se dirigen específicamente contra particulares o entidades cívicas o religiosas no necesariamente de carácter públicas.

En la Asonada nunca puede

haber ejercicio de la violencia física, ya que este medio típico está excluido de la disposición, que exige sólo amenazas, gritos o injurias. La pena, de las menos graves de nuestra legislación, da la pauta de la escasa entidad cualitativa del ilícito y de la poca entidad del reproche.

Desde el punto de vista sustancial es más bien un delito contra la paz pública, pero por mandato del legislador debe considerarse vulnerando de algún modo el bien jurídico orden político interno del Estado menoscabado por aquella estruendosa e ilícita reunión de personas.

El delito se consuma con la reunión ya sea para alborotar, para perturbar o para exigir por lo que no es concebible la tentativa. No se requiere el concierto previo a la reunión, pudiendo sumarse espontáneamente las voluntades necesarias por accesión o confluencia de personas.

Por su parte Bayardo Bengoa ha señalado que en la doctrina uruguaya se ha sostenido que el delito en examen lesiona la paz pública, por lo cual no sería correcto catalogarlo como un delito contra el orden político interno del Estado. Sin embargo para dicho autor lo señalado es más aparente que real porque a diferencia de lo que ocurre con otras figuras delictivas en la Asonada no hay compulsión

directa o velada sobre la autoridad. Empero, la reunión en la que se alborota con algún fin ilícito, lleva en sí a veces tácitamente o en forma implícita una suerte de intimidación que no por genérica deja de tener virtualidad sobre la normal efectividad funcional de los órganos constitucionales.

También ha señalado que la gravedad del hecho respectivo y las finalidades sobre las que se proyecta la actitud de la gente, permiten perfilar un tipo de reunión que afecte el bien jurídico que se trata de preservar, esto es la debida tranquilidad con que deben ejercer sus funciones los distintos órganos.

En tal sentido debe tenerse presente que los delitos se clasifican en atención a la forma en que se afecta el bien jurídico en delitos de daño y de peligro. Los de daño requieren una lesión al bien jurídico protegido por la norma, como en el Homicidio y que se necesita la muerte de la víctima, o en el Hurto donde se exige que la cosa sea sustraída y se produzca un apoderamiento por parte del sujeto activo.

En los de peligro se exige que el bien jurídico protegido haya sido precisamente puesto en peligro, sin efectiva vulneración de él. Existen dos clases de delitos de peligro, los de peligro

abstracto y los de peligro concreto.

En el delito concreto, el bien debe correr un peligro real, cierto, es decir que en ellos se prohíbe la conducta por ser en si misma peligrosa para el bien jurídico tutelado, como por ejemplo sucede en el caso del art. 329 del Código Penal respecto al delito de abandono de niños e incapaces.

En el peligro abstracto, se requieren necesariamente la comprobación del peligro efectivamente corrido por el bien jurídico, como sucede en el delito de incendio o del envenenamiento de aguas públicas o alimentos.

Ahora bien, las disposiciones constitucionales, a pesar de las fórmulas como están redactadas, pueden contener términos muy precisos que notoriamente refieren a ciertas cosas o situaciones, o pueden contener términos más vagos o abstractos, y esto tiene suma importancia. En atención a esto, Ronald Dworkin en "Los Derechos en serio", plantea una distinción de gran utilidad contraponiendo los "conceptos constitucionales", a las "concesiones constitucionales". Los primeros en cierto modo asimilables a los conceptos jurídicos indeterminados refieren a aquellas expresiones vagas o amplias que se incluyen en enunciados normativos, que dada su amplitud, generan que el elenco de cosas o situaciones que

representan se modifique con el tiempo. En lo que refiere a las concesiones son expresiones que integran un enunciado normativo constitucional y que poseen un sentido concreto conferido por el constituyente quien se encargó de definir puntualmente su significado.

En el lenguaje constitucional suele acudir a la utilización de conceptos abstractos, pues se pretende mediante la Carta Fundamental sentar los grandes valores de la Nación, y sólo excepcionalmente determinadas manifestaciones concretas. En similar sentido se pronuncia Cappelletti al expresar que cuanto más alto sea el rango de una norma, su vaguedad tenderá a ser mayor, requiriendo por tanto un grado siempre mayor de actividad o creatividad para su interpretación.

La Constitución Nacional utiliza ampliamente conceptos, fundamentalmente en su parte dogmática y en virtud de la sistematicidad del ordenamiento, ello repercute en la interpretación de los restantes enunciados que lo componen.

En el referido marco conceptual, resulta indispensable tener presente que sin duda el delito de Asonada implica una limitación al derecho a la libertad de expresión previsto en el art. 29 de la Constitución de la República y a la libertad de reunión pacífica prevista en el art. 38 del referido

cuerpo normativo.

Sin embargo estimo que tal limitación no vulnera normas o principios constitucionales, sino que se encuentra en armonía con éstas, o que por lo menos es posible una interpretación armónica.

Así cuando en la primera modalidad del ilícito se habla de "con algún fin ilícito que no esté comprendido en los delitos precedentes", no existe vulneración del principio de legalidad, ya que debe interpretarse ilícito como contrario al ordenamiento jurídico penal, tratándose en consecuencia de una figura subsidiaria.

La referida ilicitud sólo puede guardar relación con figuras delictivas penales, esto emerge de la referencia que se hace a los delitos precedentes, a los que se los excluye expresamente.

No puede en éste caso ser una norma jurídica administrativa o reglamentaria, sólo puede ser una ley.

Esto a diferencia de lo que sucede con la Ley No. 19.196 de Responsabilidad Penal Empresarial donde en su art. 1º se habla de "...no adoptar los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la Ley y su reglamentación...".

Entiendo que en el delito de Asonada cuando se habla de fin ilícito haciéndose

además referencia a que no esté comprendido en los delitos precedentes, sería un concepto indeterminado pero que es determinable en forma sencilla en base a la referencia señalada.

En lo que respecta a la segunda modalidad del delito, esto es para "perturbar con gritos, injurias o amenazas una reunión pública o la celebración de alguna fiesta, religiosa o cívica", típica figura de peligro donde se sanciona la reunión con la finalidad de perturbar, tampoco vulnera normas o principios constitucionales. En nada se afecta ni la proporcionalidad ni la razonabilidad, ya que la finalidad perseguida es la estabilidad del estado de derecho al que se deben adecuar todas las manifestaciones incluso las de protesta, ya que lo que se sanciona penalmente son los excesos, los abusos, y no el reclamo o protesta en sí mismo.

Cuestionar por falta de razonabilidad la norma, implicaría atacar por el mismo argumento a todos los delitos de peligro previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto a la proporcionalidad se entiende que cuando las medidas preventivas no logran cumplir el fin perseguido, es el reproche penal el medio idóneo para tutelar el bien jurídico.

La tercera modalidad sería

"o para exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta", respecto a lo cual cabe trasladar por similares los conceptos expuestos anteriormente.

La necesaria protección de los derechos humanos tiene como denominador común el reconocimiento del valor de la dignidad del ser humano, resultando indispensable garantizar tanto los derechos como los deberes, los que lamentablemente muchas veces son olvidados.

Sin duda en todo ordenamiento jurídico se requiere el aseguramiento y la vigencia efectiva de los principios básicos que lo informan y sus garantías fundamentales, pero éstos pueden ser limitados en los casos que sea estrictamente necesario. Esto ocurre también con los derechos humanos, tales como la libertad de expresión y de reunión, los que se los puede limitar por razones de interés general.

Entiendo que esto es lo que ocurre con el delito de Asonada, configura un límite a derechos fundamentales, pero esto responde al fin de asegurar la convivencia social. Es en éste marco conceptual que la referida figura ilícita se armoniza con las disposiciones constitucionales.

En suma, considero que el delito de Asonada no vulnera normas o principios constitucionales, que por lo tanto supera cualquier

control al respecto y esto en definitiva porque todo derecho reconoce límites los que deben emanar de la Ley, conforme a lo prescripto en el artículo 10 de la Carta Magna.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA