

Libertad de Expresión y Derecho de Expresión

de las Confesiones Religiosas en el Uruguay

Carmen Asiaín Pereira¹²⁸

I. Planteo:

Analizaremos la regulación jurídica que la libertad de expresión en general recibe en nuestro derecho, incluyendo las libertades de comunicación y de información, tanto de fuente internacional como del derecho interno - constitucional, legal y reglamentario-, y su tratamiento e interpretación por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Identificaremos los derechos derivados de la consagración jurídica de la libertad de expresión y los deberes y garantías asumidos por los poderes públicos que conjugan la tutela de dicha situación jurídica. Será de particular interés el estudio de las responsabilidades civiles y penales atribuibles por el ejercicio abusivo o ilícito de dicho derecho de expresión a través de los medios de comunicación masiva. Trataremos de centrar el enfoque en lo aplicable a las confesiones religiosas.

Al analizar la **tensión norma – realidad** en el ámbito de la libertad de expresión, relevaremos el **desfasaje** que se produce en nuestra sociedad entre el plano de las libertades, derechos y garantías ampliamente consagrados por el ordenamiento jurídico (goce y titularidad) y el plano de su efectivo ejercicio, desde el punto de vista de la virtud del ordenamiento jurídico para plasmar una efectiva tutela del ejercicio del derecho de expresión. Intentaremos detectar los condicionamientos –de orden económico, cultural, histórico y político- que obran de presupuestos para que la libertad de expresión proclamada y tutelada por el deber ser normativo, permitan el pleno y efectivo ejercicio del derecho de expresión en el ser de la sociedad, especialmente cuando sus titulares son

¹²⁸ Profesora Adjunta de Derecho Constitucional I y II, Universidad de Montevideo, URUGUAY. Miembro del CONSORCIO LATINOAMERICANO DE LIBERTAD RELIGIOSA, miembro de su Consejo Directivo

confesiones religiosas o miembros de ellas.

Abordaremos la presencia de las confesiones religiosas en los medios de comunicación y sus modos de expresión.

Destacaremos casos concretos de diversas reacciones ante el ataque a la libertad religiosa de una confesión. Particularmente algunas, en lugar de reclamar el amparo del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, han recurrido a los medios masivos de comunicación como ámbito alternativo donde ventilar el conflicto.

II. ¿Por qué interesa la Libertad de Expresión a las Confesiones Religiosas?

Toda religión supone la creencia en lo **trascendente**, trascendente que es la divinidad, aún cuando se eluda tal denominación de “Dios”. Presupone de parte de las personas y los grupos sociales la opción por religarse y religar al mundo con Dios”¹²⁹.

Se parte de la premisa de que existe una **verdad objetiva** que el hombre puede conocer y aceptar como tal. Así, la persona adherirá a un conjunto de creencias, del que se derivará un orden moral o conjunto de normas de conducta que se le impondrá como la consecuencia natural y lógica de haber abrazado esa fe. Por haber descubierto la Verdad, albergará sentimientos de veneración hacia la divinidad, y le rendirá culto a través de diversos rituales.

Creyendo en la verdad alcanzada, la vocación de toda religión es a su vez trascender –salir de sí hacia los demás-. Es un reclamo óntico de la opción de “religar al mundo con Dios”, el “religarse” con los semejantes para transmitirles esta verdad alcanzada. **Creyendo en lo trascendente, la vocación de la religión es trascender.** El proselitismo –anuncio e intento de convicción a los demás para que éstos a su vez aprehendan la verdad, adhieran a la creencia y alcancen así el camino de la salvación- es inherente a su ser.

¹²⁹ NAVARRO FLORIA, Juan G., *El Derecho a la Objeción de Conciencia*, Argentina, Ed. Abaco, 2004, pág. 12, citado por María Angélica Gelli en el prólogo de la misma obra.

Por ello es **misión** primordial de toda religión lograr la **conversión** de los demás, partiendo de la convicción de poseer la verdad y de que esta verdad es un bien compartible. Esta pretensión de considerarse a sí misma como el camino exclusivo de salvación¹³⁰ es común a todas las religiones, aún de aquellas que preceptúen la endogamia como requisito de pertenencia, las que de todas formas se postulan como poseedoras de la verdad frente al resto. Y esta misión de trascenderse –salir de sí mismas- y de transmitir y lograr la adhesión a la fe de los congéneres se ejerce e instrumenta a través de la **expresión de ideas** -comunicación de hechos y de pensamientos elaborados, enseñanzas y modos de interpretar lo natural y sobrenatural-.

El reconocimiento de la libertad de expresión –común a todo ser humano- es debido por ser connatural a las confesiones religiosas –consideradas como comunidad o individualmente en sus fieles-, asentándose el derecho a expresarse en el sentido mismo de su existencia.

Los hombres religan al mundo con Dios y se religan a través de su expresión. La divinidad no necesita la comunicación con la creatura (en el sentido de que puede prescindir de la misma, por definición); **es el hombre el que necesita comunicar su relación con Dios a y con los demás.**

Estas disquisiciones parecerán obvias y redundantes. Y lo son. Sin embargo, se vuelven pertinentes luego de que la manifestación pública de las convicciones religiosas fuera cuestionada por el Presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, considerando que lo religioso debe permanecer en la “esfera privada”¹³¹, por ejemplo y ante la postura de algunos líderes de opinión –como Vargas Llosa- que se congratulan de que en el preámbulo de la Constitución Europea no se mencionen las “raíces cristianas” de Europa y que, según su interpretación, el proyecto enmarcara “a la religión y la vida espiritual de los europeos en el ámbito que le corresponde: lo privado”¹³².

¹³⁰ NAVARRO FLORIA, Juan G., *Sectas” o Nuevos Movimientos Religiosos ante el Derecho Argentino*, Anuario Argentino de Derecho Canónico, T IX (2002), Pontificia Universidad Católica Argentina, pp. 155-194

¹³¹ www.aciprensa.com, 24 Feb. 06

¹³² VARGAS LLOSA, Mario, *Europa laica y creyente*, El País, Uruguay, 11/07/04. “Pero, así como no se puede acabar con la religión, sí se puede, y éste es el gran triunfo de la cultura de la libertad, desestatizarla y confinarla en el ámbito de la vida privada...”

Es más, la libertad de expresión ha sido esgrimida como justificación del corte de puentes y rutas en la frontera con Argentina¹³³, y en el ámbito nacional, los medios de prensa han percibido un cuestionamiento a la libertad de prensa de parte del gobierno¹³⁴.

De modo que no es vano, aunque implique haber retrocedido unos cuantos casilleros en la evolución de los derechos humanos, volver a analizar los contenidos de esta libertad y sus límites y en sede de Derecho Eclesiástico, volver a enfatizar la vocación pública de toda religión y la comunicación de sus creencias como razón de su existencia.

III. Marco Jurídico de la Libertad de Expresión:

1. Derecho Internacional

NUESTRO PAÍS HA SUSCRITO LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE EXPRESIÓN.

De los Tratados “madre”¹³⁵ es de particular destaque el preámbulo de la **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DDHH**, que parte de reconocer “*como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias*”; así como la inclusión, como parte integrante o desarrollo del derecho de expresión, **del derecho a la información** y el de **comunicación** (art. 19¹³⁶), también recogidas

¹³³ En el conflicto originado por la construcción de las plantas de celulosa en las inmediaciones del Río Uruguay, 2005-6

¹³⁴ Declaraciones del Presidente Tabaré Vázquez tachando a alguna prensa como “opositora”, http://criticaresfacil.com/2006/07/la_prensa_y_la_realidad.html, 2/7/06

¹³⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10/12/048 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.General de la O.N.U., 16/9/66; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. ONU, 16/12/66, así como todos sus protocolos y convenciones afines.

¹³⁶ Decl. Univ. DDHH art. 19 “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

expresamente por el **PACTO INTERNACIONAL DE DDHH**¹³⁷, al tiempo que por éste se responsabiliza a sus usuarios por la lesión que puedan ocasionar a los derechos de los demás. El art. 27 del Pacto¹³⁸ ata la libertad religiosa a la libertad de expresión, por su carácter de inescindibles.

LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA¹³⁹) contiene similares previsiones¹⁴⁰. Como novedad respecto al resto, **veda la censura previa** de forma explícita, previsión que ya había sido recogida por nuestra Constitución de 1967 (art. 29) y condena el **abuso de derecho** que puedan cometer por vías fácticas los medios de comunicación –mediante el control, el monopolio o cualquier acción de hecho que redunde en la limitación o impedimento del derecho de los demás, todo lo cual analizaremos, junto con la implantación que hace el Pacto y que recoge

¹³⁷ Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

¹³⁸ Art 27 “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

¹³⁹ de 22 de noviembre de 1969, incorporada a nuestro derecho por Ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985

¹⁴⁰ Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

nuestra legislación, del derecho de rectificación y respuesta¹⁴¹.

LA DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES¹⁴² en su art. 1º declara el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, explicitando que ese derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.

Tratándose de un Declaración y no de un tratado internacional, se podría plantear un cuestionamiento en punto al efecto vinculante de la misma para los Estados. Refiriendo la naturaleza y contenido de esta declaración a “ciertos principios que salvaguardan valores de importancia fundamental para la comunidad internacional”¹⁴³, que “trascienden la autonomía de los Estados para regir sus relaciones conforme a las normas del Derecho Internacional”, podrían considerarse como normas imperativas (*ius cogens*) por plasmar la tutela de derechos fundamentales de la persona humana, conforme al art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁴. Por este carácter, integrará el núcleo mínimo de derechos fundamentales erigido en *ius cogens*.

Sin perjuicio de ello, la Declaración ha motivado en nuestro país la tipificación de delitos –como los de discriminación, arts. 149 BIS y TER del C. Penal- sobre los que nos detendremos posteriormente.

¹⁴¹ Art. 14. Derecho de Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

¹⁴² Res 36/55 de 25/11/1981 de la A.G. de la O.N.U.

¹⁴³ GRAMAJO, Juan Manuel, *La Libertad Religiosa en el Derecho Internacional*, Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol. X, 2003, Pontificia Universidad Católica Argentina, pp. 53-64.

¹⁴⁴ Art. 53 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados “*una norma imperativa de Derecho Internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter*”.

CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO¹⁴⁵ consagra estos derechos en referencia al niño (art. 2), comprometiendo en primer lugar a los Estados parte a tomar medidas tendientes a evitar la discriminación de los niños a causa del ejercicio del derecho de expresión de sus guardianes, centrando el foco en la protección del derecho de expresión del niño como titular del derecho subjetivo de expresarse y de informarse (arts. 12 y 13). La Convención prescinde del concepto de capacidad jurídica –que implica un mínimo de edad- y atiende en vez a la madurez como criterio de atribución de estos derechos¹⁴⁶.

2. Derecho Interno:

LA CONSTITUCIÓN DE 1967 vigente (de 1967, con las reformas de 1989, 1994, 1997 y 2004) consagra la libertad de expresión de forma específica y explícita en el art. 29 y las libertades anexas de forma genérica e implícita en los arts. 7 (amparo de derechos fundamentales), 10 (fuero íntimo y principio de legalidad), 72¹⁴⁷ (incorporación a la Constitución de los derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno) y 332¹⁴⁸ (garantía genérica).

Asimismo protege la libertad de expresión en otras disposiciones no

¹⁴⁵ Aprobada por Ley N° 16.137 de 2 de setiembre de 1990. 2.2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

¹⁴⁶ Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Art. 13 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

¹⁴⁷ Artículo 72.- 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.

¹⁴⁸ Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

referidas exclusivamente a la acción de “expresar” los pensamientos: libertad religiosa (art. 5); inviolabilidad y secreto de “los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica de cualquier especie” (art. 28); derecho de petición de todo habitante para ante todas y cualesquiera autoridades de la República (art. 30); libertad de trabajo, industria y comercio, reconociéndose expresamente la libertad de la conciencia moral y cívica de los trabajadores (arts. 36 y 53); libertades de reunión y asociación (arts. 38 y 39); libertades propias del derecho colectivo del trabajo –sindicales, gremiales- (arts. 57 y 58); libertad de enseñanza (arts. 68 a 70); amén del conjunto armónico de garantías estatuidas para el ejercicio de los derechos y deberes políticos en mecanismos de democracia directa (referéndum contra los actos legislativos e iniciativa popular ante el Poder Legislativo, art. 79 (2) y plebiscito (art. 331 en más de un supuesto) y sufragio e indirecta (art. 4). La irresponsabilidad de los legisladores en lo referido a sus votos u opiniones (art. 112) se extiende al Presidente de la República (art. 171) y a los Ministros (178) en lo pertinente. Las normas del debido proceso, por su parte (arts. 12 a 22) aseguran el “día ante el tribunal” a toda persona, tanto para intervenir en salvaguarda de las libertades tuteladas en caso de atropello, cuanto para servir de ámbito donde expresar su “casus” o “litis”, manifestaciones ambas del derecho de expresión.

La propaganda y los avisos de carácter religioso han sido exceptuados como fuente de recursos de los gobiernos departamentales, junto con los mismos de carácter político, gremial, cultural o deportivo (art. 297 Const.)

La Tutela de La Libertad de Expresión y las Libertades Anexas:

Volvamos a la norma madre del derecho de expresión:

Artículo 29.- Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

El art. 29 regula de forma bastante acabada el goce de la libertad de

expresión, asentándola sobre tres bases fundamentales para su pleno ejercicio:

- Declara enteramente libre toda la materia de comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación;
- Veda la censura previa;
- Atribuye responsabilidad al autor y en su caso, al impresor o editor por los abusos que eventualmente se cometan en el ejercicio de la libertad de expresión, delegando en la ley la fijación de sus límites y la regulación de responsabilidades.

EL CONTENIDO DE LAS LIBERTADES AMPARADAS: hay una referencia expresa a un ángulo de la libertad de expresión, cual es la **emisión** del pensamiento (“**comunicación**”). Parte de la doctrina¹⁴⁹ ha entendido que el derecho a la **información** queda también abarcado por la norma, en cuanto la comunicación de un pensamiento presupone que haya un emisor y un receptor. Este receptor será el titular del derecho a informarse. Otro sector de la doctrina, no hallando una referencia explícita al derecho a la información “**veraz**” en la norma específica, encuentra la fuente de estos derechos en la previsión del art. 72, en cuanto tutela genéricamente los derechos humanos¹⁵⁰. De una forma o de otra, se puede afirmar que nuestra Constitución despliega una amplia protección de estas libertades, que luego la ley se encarga de reglamentar.

PROHIBICIÓN DE LA CENSURA PREVIA: la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo prevé en su art. 13 (2), permitiendo la aplicación de responsabilidades ulteriores a quienes cometieren abusos en el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Nuestra Constitución es de fecha anterior y ya había consagrado el principio, que recibe un tratamiento acabado mediante la incorporación del Pacto a nuestro derecho en 1985 (antes de esa fecha podía considerárselo imperante como *ius cogens*, con la salvedad del período del gobierno de facto junio 1973-febrero 1985). La ley N° 16.099 reiteró la prohibición dentro del nomen iuris “Exclusión de medidas preventivas” (art. 2º), extendiéndola a la veda de la previa autorización o prestación de caución alguna.

¹⁴⁹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 104 a 112

¹⁵⁰ KORSENIK, José, *Derecho Público. Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 336

Durante el quiebre institucional del período “de facto” aludido, se instaló la censura previa por dos vías –por lo menos- distinguibles: desde el plano jurídico, por la suspensión del acatamiento a la Constitución y su sustitución por otras normas que rigieron de hecho, lo que habilitaba a la previa censura, aún cuando no siempre fuera ejercida por la autoridad ilegítima. Y por la vía fáctica, debido a la convicción colectiva de la sociedad de que ante un desborde que atentara contra el statu quo, las consecuencias serían tan perjudiciales que se optaba por abstenerse. De modo que, además de casos puntuales en los que se ejerció la previa censura, pulularon los casos de auto-censura, en conocimiento y previsión de la represión reinante.

Las confesiones religiosas no quedaron ajenas a este fenómeno. Como ocurrió en algunos países de Latinoamérica, parte de la Iglesia Católica -mejor dicho, movimientos o grupos de sacerdotes dentro de ella- habían adherido a las ideas del movimiento guerrillero, en mayor o menor medida, aún cuando no apoyaran el uso de la fuerza para alcanzar los ideales compartidos. Hubo sacerdotes perseguidos, exiliados y controlados. Las confesiones religiosas estuvieron vigiladas de cerca de forma no explícita, pero perceptible de todas formas. El celo se extendía hasta los sermones. Indicador de todo ello fue que la presencia de la Iglesia en los medios y en el ámbito público en general durante ese período se redujo a lo estrictamente litúrgico. En ciernes de la apertura hacia la democracia, en cambio, fue protagonista activa y propiciadora de reacciones populares pacíficas contra el régimen, como los llamados “caceroleos”.

La censura previa bajo la forma de la represión llegó a los centros educativos en todos los niveles, mediante la prohibición de textos, persecución de docentes y filtración de los contenidos educativos. En este sentido, las confesiones religiosas tampoco quedaron ajenas a esta forma de censura.

La censura previa –fundamentalmente a los medios de prensa- constituyó uno de los principales reproches a la dictadura, sobre todo antes de conocerse el resto de las violaciones a los derechos humanos.

SANCIÓN DE LOS ABUSOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE ESTAS LIBERTADES. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN:

La Constitución ha delegado en la ley la determinación de lo considerado “abuso”, así como las sanciones a aplicar en caso de infracción. Al decir de Cassinelli Muñoz¹⁵¹, la remisión a la ley para que esta determine los casos de abuso configura una protección “menos clara y precisa en este derecho que el de la libertad física.”

A pesar de remitir a la ley para la determinación de los casos de abuso y su sanción, la Carta Fundamental provee supuestos que podrían encuadrarse como casos de abuso del ejercicio del derecho de expresión en el **art. 80**, al prever como una de las causales de suspensión de la ciudadanía legal (la otorgada a extranjeros) el formar parte de organizaciones que por medio de la violencia o de propaganda que incite a la violencia, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad. Para definir dichas bases, remite a la parte dogmática de la Constitución, que contiene los derechos fundamentales y la forma de organización democrático-republicana de gobierno.

Ahora bien, la no confesionalidad del Estado está contenida en la parte dogmática de la Constitución (primeras dos previsiones del art. 5) “Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna.” Por tanto, es esta una de las bases fundamentales de la nacionalidad. Aplicaría a quienes mediante propaganda “que incite a la violencia” tiendan a implantar, por ejemplo, un Estado confesional, o un Estado donde no se respetara la libertad religiosa. Pero mientras esta propaganda no incitase a la violencia ni fuera usado un medio violento, no habría abuso del derecho de expresión ni se configuraría la causal de suspensión de la ciudadanía legal.

Otra limitación de fuente constitucional está dada por el **art. 58**, en sede de funcionarios públicos. Para éstos “*queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie*”. La prohibición se circunscribe a la actividad de los funcionarios públicos “*en los lugares y horas de trabajo*”, por lo cual no podrá extenderse a quienes no se encuentren comprendidos en los supuestos normativos. Cassinelli Muñoz¹⁵² al comentar esta norma sostiene que nos brinda un argumento “a contrario”, para decir que según el criterio constitucional, el **proselitismo** en si mismo –que

¹⁵¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Derecho Público, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 104

¹⁵² CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Derecho Público, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 109

define como la expresión del pensamiento destinada a convencer a otros y a hacer prosélitos- sólo está prohibido en los lugares y horas de trabajo respecto a los empleados públicos. Adhiriendo a esta interpretación podemos afirmar que el proselitismo religioso, fuera de los específicos supuestos de la norma constitucional prohibitiva, es legítimo y conforme a nuestro derecho interno más allá del amparo internacional del derecho humanitario.

El Pacto de San José de Costa Rica en su art. 13 (2) sienta el **principio de tipicidad**, agregando que las responsabilidades derivadas del abuso en el ejercicio de la libertad de expresión deben ser ulteriores y previstas con el fin de salvaguardar el respeto por los derechos de los demás (principio de que mi derecho termina donde comienza el de mi semejante) y la protección de bienes considerados supremos como la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas, bienes ante los cuales las libertades de expresión deben ceder.

Reglamentación Legal: Límites y Responsabilidad por los Abusos Cometidos:

Nuestro país ha reglamentado el art. 29 de la Carta mediante diversas leyes que tipifican delitos: de difamación e injurias (art. 333 y sigs. del Código Penal y Ley 16.099 de 3/11/89, art. 27) que analizaremos.

Además, ha penalizado la exhibición pornográfica (art. 278 C. Penal); la incitación a la violencia mediante la apología del odio nacional, racial, religioso o la orientación sexual (art. 149 C.P. en la redacción dada por la Ley N° 17.677), la instigación pública a delinquir y a desobedecer las leyes, la apología del delito (arts. 147 a 149 C.P.), etc. Pero los casos considerados “abuso” por la ley no resultan suficientes para conjugar una verdadera protección del destinatario de la comunicación del pensamiento, bastando que el emisor consiga los medios adecuados para ello¹⁵³.

En los **DELITOS DE DIFAMACIÓN E INJURIAS** (333 a 336 del C.P.) el bien jurídico tutelado es el honor (delitos contra la personalidad física y moral del hombre). *“(Difamación. El que ante varias personas reunidas o separadas, pero de tal manera que pueda difundirse la versión, le atribuyere a una persona un hecho determinado, que si fuere cierto, pudiera dar lugar contra ella a un procedimiento penal o disciplinario, o exponerla al odio o al desprecio público, será castigado ...”. (Injuria) “El que fuera de los casos previstos en el artículo*

¹⁵³ Idem, parafraseado

precedente, ofendiere de cualquier manera, con palabras, escritos o hechos, el honor, la rectitud o el decoro de una persona, será castigado ...” La comisión de estos actos “*con escritos, dibujos o pinturas divulgadas públicamente o expuestas al público*” son circunstancias agravantes del delito.

No pocas veces se ha atentado contra el honor de ministros de culto, de los fieles y de las confesiones religiosas –ya sea por la comisión del delito contra personas individualmente consideradas, ya contra el ente colectivo o abstracto. Este **ente colectivo abstracto tiene una honorabilidad colectiva**, que aunque hace difícil el ejercicio de la acción penal, no inhibe a cada uno de sus componentes de ejercerla a título personal, por haber sido violentados por transitiva, por atentado contra la fe que profesan o la comunidad a que pertenecen-. En los casos de tipificación del delito contra estos sujetos pasivos colectivos, se entiende por parte de la doctrina penalista¹⁵⁴ que debe admitirse que cada uno de los componentes del ente colectivo tiene derecho a ejercer la acción a título personal. La tesis llamada intermedia sostiene que sólo en casos excepcionales las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de estos delitos¹⁵⁵, fundándose en el inc. 3º del art. 338 del C.P. cuando refiere a “*En los casos de ofensa contra una corporación social, política o administrativa*” disponiendo que “*sólo se procederá mediante autorización de la corporación ofendida o de su jefe jerárquico, cuando se trate de autoridad que no se halle colegialmente organizada*”. Ha sido la tesis recogida mayoritariamente por la jurisprudencia nacional. Lo que Cairoli afirma es que de la ley penal no surge la exigencia de que el sujeto pasivo lo sea exclusivamente una persona física –ni las consideradas por el inc. 3º del art. 338- por lo que entiende que cualquier “persona” puede ser ofendida, incluyendo las personas jurídicas sin límite alguno. A su juicio el inc. 3º del art. 338 viene a completar su razonamiento, partiendo de la base de que las personas corporativas pueden ser ofendidas y pidiendo para tales casos que la instancia del ofendido sea ejercitada de determinada manera.

Han sido vastos los ejemplos, que se suceden día a día de tipificación de estos delitos (letras de canciones agravantes¹⁵⁶, insultos dirigidos a ministros de

¹⁵⁴ CAIROLI MARTÍNEZ, Milton (ex-presidente de la Suprema Corte de Justicia), *Curso de Derecho Penal Uruguayo* T. III, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 153 y sigs.

¹⁵⁵ ROMPANI, Santiago, *Los delitos de difamación e injuria*, citado por Cairoli

¹⁵⁶ Del grupo uruguayo No Te Va Gustar, “Más mejor”, letra en <http://www.popletras.com/letra/Mas-mejor-954.html>

culto en los medios, atribución de hechos que pueden dar lugar a procedimiento penal o disciplinario, exposición al odio o desprecio público de instituciones o comunidades religiosas) pero pocas veces se ha movilizado la instancia del ofendido, que obra como condición de procedibilidad de la acción penal. Volveremos sobre un caso de ofensa a un culto en que la corporación ofendida no hizo uso de estas herramientas legales para defenderse de los ataques, sino que recurrió a los medios de comunicación como “sede” y “árbitro” de su litis¹⁵⁷.

La **exceptio veritatis**, es decir la excusa absolutoria consistente en probar la veracidad de los hechos atribuidos, sólo se admite como excepción en supuestos taxativamente enumerados (art. 336), excluyéndose en dichos casos la punibilidad. Entre las posibles **pruebas liberatorias** figura **el que por los hechos atribuidos estuviere pendiente un procedimiento penal contra el ofendido** (numeral 2º), como sería el caso de los ministros de culto procesados por delitos sexuales, a los que paralelamente se los difama en los medios masivos de comunicación. El ministro de culto imputado estará sujeto a dos procesos punitivos paralelos, pero cuyos fines y motivos distan mucho entre sí: la jurisdicción interna de su confesión religiosa (eclesiástica, generalmente) y paralelamente a la justicia estatal (llamada ordinaria, penal, además de las eventuales responsabilidades en el orden civil). Entonces la difusión de la imputación y la publicidad de los detalles a través de los medios de comunicación pueden obrar de interferencia perniciosa para uno u otro orden de jurisdicción, tanto que la garantía de la debida defensa del ministro puede verse vulnerada en el orden religioso o civil alternativamente, o cuanto la misión pastoral de la jurisdicción eclesiástica puede quedar frustrada por lo **irreparable del daño** causado por la vasta difusión de la “noticia”. En el caso de que el imputado sea absuelto, de todas formas se habrá producido un daño irreversible en la imagen y reputación de la globalidad de la confesión religiosa de pertenencia. Y sin embargo, constituye una de las excepciones legales al principio general que rige los delitos contra el honor, cual es el principio de interdicción de la prueba de la verdad “exceptio veritatis”, por el hecho de que existe en el tiempo de la difamación o injuria, un proceso penal en trámite.

Otra excepción a la regla que merece nuestro análisis es la del numeral 4º: *“Cuando el querellante pidiere formalmente que el juicio se siga hasta*

¹⁵⁷ Ver caso “Umbanda” ante los ataques de la Iglesia Universal del Reino de Dios, más adelante

establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad que se hubiere atribuido.” Ahora bien, más allá de que el ministro de culto difamado pueda ejercitar este derecho ante la justicia ordinaria –estimando que el procesamiento develará lo falso de la acusación y difamación- pueden existir causas dentro de la justicia eclesiástica que aconsejen lo contrario. Ya que “El derecho no sólo hace justicia a una sociedad herida por el delito que pide la vindicación, **sino también que debe tutelar los derechos subjetivos de cada uno de sus miembros**, *etiam reo*¹⁵⁸”, entre los que se encuentran la protección que ejerce el Jefe religioso (Obispo, Gran Rabino, Líder) como pastor sobre sus ministros, independientemente de la voluntad del ministro. Además, a veces obran motivos pastorales de protección de la comunidad religiosa en su conjunto, que pueden colidir con el derecho de fuente estatal que tiene el ministro de que se ventile una causa ante la justicia ordinaria, con la publicidad implícita y la pérdida de confianza sobre el imputado que la sola imputación puede acarrear. Es más, puede pesar una obligación de mantener la confidencialidad de algunos hechos – **secreto del oficio**¹⁵⁹-, por motivos pastorales, impuesta también sobre el imputado, en el sentido de no hacer investigaciones para no alarmar inútilmente a la comunidad y no provocar escándalo, medida notoriamente fundada en los fines de la confesión religiosa, que son diversos de los fines –legítimos, por cierto- que persigue la justicia ordinaria, y fundada también en la protección del ministerio, más allá de los derechos de la persona humana que lo ejerce. Mientras que la justicia ordinaria penal persigue como fin la paz y seguridad pública y privada y el respeto por la persona humana, y por ello tutela determinados bienes jurídicos mediante la tipificación de delitos y la aplicación de penas a sus infractores –castigo que se discute tiene función ejemplarizante, reeducativa, protectora del resto de la sociedad frente a la peligrosidad del infractor, o las combinaciones imaginables de estas-, la ley suprema de la justicia eclesiástica de la casi totalidad de las confesiones religiosas, tomando como prototipo a la católica, es la salvación de las almas¹⁶⁰. Las misiones de ambas instituciones

¹⁵⁸ BUSSO, Ariel David, *La dimisión del estado clerical*, Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol. IX (2002), Pontificia Universidad Católica Argentina, pp. 39-50

¹⁵⁹ ASTIGUETA, Damián G., s.j., *La persona y sus derechos en las normas sobre los abusos sexuales*, Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol. XI (2004), Pontif. Universidad Católica Argentina, pp. 11-56

¹⁶⁰ GROCHOLEWSKI, Card. Zenón, *La especificidad del Derecho Canónico*, Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol. XII (2005), Pontificia Universidad Católica Argentina, pp. 217-232 “*Salus animarum suprema semper lex esto*”, (can. 1752, C.I.C.), considerado como un

difieren mucho entre sí.

Delitos de Discriminación: otro tipo penal que reglamentando el art. 29 de la Constitución configura un caso de abuso del ejercicio de libertad de expresión está previsto por los arts. 149 BIS y TER del C.P., dentro de los delitos contra la paz pública. Castiga al que “*públicamente mediante cualquier medio apto para su difusión pública, incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión u origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será...*” (en las sucesivas redacciones de las leyes N° 16.048 y 17.677). Junto con la “incitación a” se penaliza “la comisión” del delito, en lo mismos términos. A juicio de Cairoli¹⁶¹ (autor del proyecto que redundó en ley) la comisión de actos de segregación, como por ejemplo el colocar en lugares públicos carteles como “Entrada a judíos prohibida”, que a su juicio no suponen actos de desprecio o violencia, no ameritan sanción penal, entendiendo que tales discriminaciones deben ser objeto de regulación administrativa a través de sanciones impuestas por la autoridad municipal. Agregamos que a la luz del derecho humanitario y del alcance de la libertad religiosa, tales actos constituirían, si no un delito, una lesión a la libertad religiosa, en cuanto conculcarían el principio de no discriminación por motivos religiosos, amén de su potencialidad ofensiva y sensibilizadora.

Volveremos sobre la invocación de este tipo delictual al analizar un caso práctico.

La Ley de Prensa o de Medios de Comunicación:

Nuestro derecho ha reglamentado separada y específicamente los casos de abuso en el ejercicio de la libertad de expresión pasibles de ser cometidos mediante o por los medios de comunicación a través del Decreto-Ley N° 15.672 y la Ley 16.099¹⁶², que deroga el referido.

coronamiento de todo el Código y como principio que se refiere no solamente a este documento legislativo, sino que es necesario para la comprensión correcta de toda la legislación eclesiástica.

¹⁶¹ CAIROLI, Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T IV, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 63 y sigs.

¹⁶² Ley 16.099 de 3/11/89, redactada por la comisión de estudio y reforma de la ley de imprenta, integrada por destacados catedráticos de Derecho, Dres. Ramón Valdés Costa (D. Financiero), Mariano Brito (D. Administrativo), Alberto Pérez Pérez, D. Constitucional), Dardo Preza (D. Procesal) y Milton Cairoli (D. Penal), CAIROLI, op. Cit, T. III, p. 170

Se reiteran las libertades constitucionales de comunicación de pensamientos y libertad de información (ésta de forma explícita), por cualquier medio de comunicación que sea, comprendiéndose la libertad de **fundar** medios de comunicación, consagrándose el amparo al **secreto profesional** de los periodistas respecto de sus fuentes de información y excluyéndose la censura previa (arts. 1 a 3 de la Ley¹⁶³), todo ello dentro de los límites impuestos por los derechos de los demás, especialmente, la **privacidad**.

La ley define como **delito de comunicación cometido a través de los medios de comunicación** (art. 19) la ejecución en medios masivos, de un hecho calificado como delito por la ley penal, siempre que quede consumado. Analizado el instituto por el penalista Cairol¹⁶⁴, la norma implica que el **autor** de un artículo periodístico o el **redactor responsable** del medio de comunicación, pueden cometer no sólo los delitos de difamación e injurias –que ya estaban tipificados en el Código Penal- sino también los de “desacato, simulación de delitos, extorsión, instigación pública a no pagar tributos, instigación pública a delinquir y cualquier otra figura que esté prevista en la ley penal”, siendo los bienes jurídicos tutelados variados.

Tipifica nuevos delitos: la divulgación a sabiendas de noticias falsas que ocasionen grave alteración a la tranquilidad pública o grave perjuicio a los intereses económicos del Estado o a su crédito exterior, y la instigación al vilipendio de la Nación, del Estado o sus Poderes (literales A y B del art. 19). Se estaría consagrando una protección especial del derecho a la **información** y no cualquier información, sino la **veraz**.

¹⁶³ Artículo 1º. (Libertad de comunicación de pensamientos y libertad de información).- Es enteramente libre en toda materia, la expresión y comunicación de pensamientos u opiniones y la difusión de informaciones mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación, dentro de los límites consagrados por la Constitución de la República y la ley. Esta libertad comprende, dando cumplimiento a los requisitos resultantes de las normas respectivas, la de fundar medios de comunicación. Los periodistas tendrán el derecho a ampararse en el secreto profesional respecto, a las fuentes de información de las noticias que difundan en los medios de comunicación.

Artículo 2º. (Exclusión de medidas preventivas).- Los titulares de los medios de comunicación ejercerán la facultad referida por el artículo anterior sin necesidad de previa autorización, censura, garantía o depósito pecuniario.

Artículo 3º. (Titulares de las libertades de comunicación de los pensamientos y de información).- Todos los habitantes de la República son titulares de las libertades referidas por el artículo 1º de la presente ley en el marco del ordenamiento jurídico nacional.

¹⁶⁴ CAIROLI, Milton, op. Cit., T. III, pp. 167-172

Las responsabilidades en todos los casos son penales, sin perjuicio de las civiles, previéndose la reparación de los daños (art. 22), y son atribuibles al autor de la comunicación y eventualmente al responsable del medio de comunicación (art. 25). Se plasma así el principio que rige a estos delitos de comunicación: el de **responsabilidad escalonada o por cascadas, o sistema Belga**¹⁶⁵, que en nuestro derecho se circunscribe sólo a estos dos escalones: el autor de la publicación y el redactor responsable, sobre el cual pesa la obligación de revelar la identidad del autor, bajo apercibimiento de tipificársele el delito de **encubrimiento, por** estar facilitando al autor el eximirse de su responsabilidad penal al no denunciarlo¹⁶⁶.

A solicitud de la parte interesada, se ordenará la difusión de la sentencia respectiva de forma gratuita.

Se exime de pena al autor de un delito contra el honor que se retractare antes de la acusación fiscal (art. 27).

Otra reforma de importancia fundamental es el castigo con pena privativa de libertad de los delitos de difamación e injuria cometidos a través de la prensa, siendo el hecho de haberse cometido a través de los medios de comunicación un agravante de la responsabilidad penal¹⁶⁷.

Con pena de multa se sanciona a quien difunda actuaciones, documentos o sentencias relativas a casos de filiación ilegítima, impugnación o contestación de estado civil, adulterio, o delitos contra el pudor, reglamentándose de esta forma otro tipo de “abuso” en el ejercicio de la libertad de expresión, que obra como límite al derecho.

Estima el doctrino, en punto al ya que nos refiriéramos que “lo importante de aquel decreto-ley dictado en plena época de facto” –cuyas disposiciones son retomadas por la nueva ley- “es que, a pesar de eso, consagra soluciones que tiende a contemplar la situación creada por reiteradas clausuras de órganos de difusión, así como la exclusión de prisión preventiva a los responsables de los artículos periodísticos”. En los estertores de la dictadura se

¹⁶⁵ CAIROLI, op. Cit. T III, p 171 citando a Tornaría, “Delitos de Imprenta” p. 103

¹⁶⁶ ídem, CAIROLI, op. cit, citando a Manheim, cit. Por Tornaría, p. 114

¹⁶⁷ CAIROLI, op. Cit. T. III, p. 169

introducen garantías del debido proceso y se viene a paliar la práctica de las clausuras dispuestas a medios de comunicación dentro del marco de la censura previa reinante. El decreto-ley en estos puntos es retomado por la ley posterior.

El derecho de rectificación y respuesta y su proceso: El Decreto-Ley 15.672 había innovado reconociendo el **derecho de respuesta**. La Ley 16.099 regula (arts. 7¹⁶⁸ a 17) este derecho de toda persona física o jurídica, pública o privada para ejercer ante el Juzgado competente el derecho de responder a una publicación o cualquier otro medio de comunicación pública que la haya **afectado por informaciones inexactas o agraviantes**, sin perjuicio de las responsabilidades civiles (y penales, se debe agregar). Para hacer valer el **derecho de rectificación y respuesta**, la ley instaura un proceso muy breve (art. 8¹⁶⁹), consistente en la presentación de la solicitud por el agraviado, la citación de ambas partes dentro de las veinticuatro horas, la celebración de un audiencia pública dentro de las cuarenta y ocho horas y el dictado de sentencia en la misma, la que otorgará el derecho de rectificación y respuesta disponiendo la publicación o emisión de una respuesta de por lo menos el doble de extensión que la impugnada, o lo denegará. La segunda y última instancia es también muy breve.

La respuesta se emitirá en el mismo medio en que ocurrió el agravio y

¹⁶⁸ Artículo 7°. (Titularidad).- Toda persona física o jurídica de derecho público o privado puede ejercer ante el Juzgado competente el derecho de responder a una publicación o cualesquiera otros medios de comunicación pública que la haya afectado por informaciones inexactas o agraviantes, sin perjuicio de las penas y responsabilidad civil a que pueda dar lugar la publicación, noticia o información que provoca la respuesta.

¹⁶⁹ Artículo 8°. (Procedimiento).- Presentada la solicitud, el Juzgado competente dentro de las veinticuatro horas citará al solicitante y al responsable del medio de comunicación respectivo, a una audiencia que se celebrará dentro de las cuarenta y ocho horas y que presidirá el Juez, so pena de nulidad absoluta. La audiencia será pública (artículo 36). Si a la audiencia no concurre el responsable, salvo causa de fuerza mayor justificada, el Juez sin más trámite dispondrá la publicación o emisión de la respuesta, la que no tendrá mayor extensión que el doble de la impugnada y no deberá contener términos que directa o indirectamente puedan importar ofensas. Si no concurre el solicitante, salvo causa de fuerza mayor justificada, se le tendrá por desistido, no pudiendo ejercitar en otro proceso su derecho de respuesta. Si concurren ambas partes el Juez las oír y dictará sentencia definitiva otorgando o denegando el derecho de respuesta. La sentencia se dictará en la misma audiencia o, en caso justificado, a juicio del Magistrado, dentro del plazo máximo, perentorio e improrrogable de tres días hábiles en nueva audiencia, so pena de nulidad absoluta (artículo 7° de la ley 9.594, de 12 de setiembre de 1936). De todo lo actuado se extenderá por el Actuario acta resumida, con intervención de los abogados de las partes y la supervisión del Juez. La sentencia será apelable en forma fundada en la audiencia en que se dictó y se sustanciará con un traslado en la misma; las demás providencias no admitirán recurso alguno. El Tribunal de Apelaciones en lo Penal fallará por expediente dentro de los diez días hábiles de recibidos los autos en esa sede, so pena de nulidad absoluta (artículo 7° de la ley 9.594, de 12 de setiembre de 1936) y la sentencia no admitirá ulterior recurso.

con las mismas características, dentro de las cuarenta y ocho horas de dictada la sentencia.

Se excluye especialmente de esta acción a los artículos o programas de crítica literaria, histórica, artística o científica, salvo si fueren usados como medio ostensible o encubierto para injuriar.

Representación oficiosa de un grupo indeterminado: Existe una previsión que atañe particularmente al Derecho Eclesiástico en el **art. 15** (Conjunto de titulares): *“Si una publicación o emisión afectare a un conjunto de personas accidentalmente congregadas con cualquier objeto lícito, una sola de ellas, o cierto número de las mismas que el Juez limitará a su arbitrio, **pueden asumir oficiosamente la representación del grupo**, no pudiendo tramitar más que un solo texto en respuesta, el que será seleccionado por el Juez”*.

La disposición está hecha *casi* a medida de las confesiones religiosas. Decimos “casi” porque la inclusión del adverbio de modo **“accidentalmente”** junto a *“congregadas”* puede llegar a excluir algunos supuestos de la configuración del tipo penal, dejándolos desprotegidos.

Por ejemplo, si a través de un medio de comunicación se agravia a un conjunto de personas congregadas por el objeto lícito de una procesión religiosa o por un acto de culto previamente planificado, podría llegar a considerarse que tal congregación de personas no es *“accidental”* como exige el tipo –porque se trata de una fiesta litúrgica, como la Procesión de Corpus Christi en el culto católico, o la Fiesta de Yemanjá en afroumbanda-, o porque fue convocada con antelación – como la manifestación de la Confederación de Iglesias Cristianas y la Iglesia Evangélica del Río de la Plata, guiadas por el Pastor Ille que protestó ante la erección de la estatua de Juan Pablo II al pie de la Cruz en Tres Cruces, Montevideo¹⁷⁰-, por lo que habiendo sido tales congregaciones planificadas, tradicionales, “no accidentales”, quedarían fuera del supuesto legal. En tal entendido, no cumpliéndose uno de los elementos del tipo, el agravio a los feligreses durante una misa dominical, por ejemplo, podría quedar desamparado,

¹⁷⁰ Por Decreto N° 31273 de la Junta Departamental de Montevideo, con motivo del fallecimiento del Papa Juan Pablo II y en su homenaje, se erigió una estatua de bronce al costado de la Cruz que se había levantado el 1° de abril de 1987 en el lugar donde el Papa había celebrado una misa en oportunidad de su primer visita al Uruguay.

si se arguyera que tal congregación de personas es estable, programada, de carácter permanente, y por consiguiente “no accidental”.

Consideramos que no fue ésta la intención del cuidadoso legislador²⁷ de esta norma en especial, sino que lo que quiso fue ampliar el espectro de las situaciones amparables, cubriendo, además de a las personas jurídicas legalmente constituidas (incluidas en el enunciado general del art. 7), a cualquier reunión espontánea o esporádica de personas con un objeto lícito y común.

Pero quien pretenda excluir a determinado agrupamiento “accidental” del amparo de la norma, tendrá un resquicio donde fundarse. Podrá decirse que en el caso de los feligreses agraviados durante una misa, la agraviada es la persona jurídica Iglesia Católica (en rigor, la diócesis de que se trate), que queda amparada por el enunciado general del art. 4º. Pero no todas las confesiones religiosas se han constituido en persona jurídica. Podrá decirse que en tales casos, posee legitimación activa cualquiera de las personas físicas agraviadas. Pero no será posible la procuración oficiosa prevista en el art. 15, sino que tendrán que accionar todos los que individualmente fueren afectados. La norma procesal civil que prevé la representación en caso de intereses difusos (arts. 42 y 220 del Código General del Proceso) podrá esgrimirse por analogía aún en este ámbito penal por virtud del art. 5º del Código de Proceso Penal sobre interpretación e integración, por tratarse de una cuestión procesal y no de fondo.

Las Acciones Entabladas y su Consideración por la Doctrina y Jurisprudencia:

Desde la sanción de la ley ha sido frecuente la citación judicial a periodistas y en general, personas vinculadas a los medios de comunicación, así como el ejercicio de la acción tendiente a efectivizar el derecho de respuesta. Han proliferado en los medios, ya sea prensa escrita, como radial y televisiva, los espacios que en cumplimiento de la ley 16.099 el medio de comunicación se vió obligado judicialmente a ceder al accionante, promotor de la acción, para que estampara su respuesta a los agravios.

Se destaca que a pesar de que los periodistas han desfilado por los tribunales, no han resultado condenados penalmente en la misma medida por los delitos de comunicación. Las sentencias absolutorias se fundaron en que este tipo

de delitos constituyen una excepción al principio de libertad de expresión, por lo que se impone una interpretación restringida¹⁷¹.

Es decir, concesión del derecho de rectificación y respuesta, SI; condena penal por los abusos cometidos, NO tanto.

Así, se ha priorizado jurisprudencialmente el derecho a la información, sobre todo en cuestiones de **interés público**, sosteniéndose que “La injerencia en el ámbito del honor ajeno encuentra su justificación en la causa de interés público, en el del interés general; precisamente porque, en tales casos, el derecho lesionado (honor ajeno) aparece como un valor menor frente al derecho de la sociedad a formarse opinión sobre asuntos sociales, económicos, políticos, etc. que, en definitiva, posibilita la participación consciente y responsable del ciudadano en la vida política”¹⁷². La **Suprema Corte de Justicia** ha sostenido que “En los estados democráticos este derecho es uno de los pilares del sistema constitucional. Se trata entonces de derechos (se refiere a investigar, difundir y recibir información) tan trascendentales que pueden ser ubicados en un plano superior al de los otros derechos civiles, pues ello depende de la estructura de las relaciones entre el poder y la libertad”¹⁷³

Se recoge jurisprudencialmente la **doctrina de la real malicia** respecto del autor del delito imputado, imponiéndosele al accionante la carga de acreditar la falsedad de la información, así como la intención de publicar una falsedad con animo perjudicial. Una vez desechado este ánimo mailicioso, se privilegia el ejercicio del la libertad de expresión por sobre el derecho al honor del agraviado. Así, en otro caso, luego de establecerse que la noticia divulgada no era producto de la invención del imputado, sino de una legítima investigación periodística, que le determinó una convicción de veracidad de los hechos publicados¹⁷⁴, analizando los límites al derecho de libre expresión y a los de informar y estar informado, el dictámen fiscal detectó una colisión “planteada entre el derecho al honor garantizado constitucionalmente y tutelado por la ley

¹⁷¹ http://www.forocom.org.uy/Coloquios/03052006_DelitosPrensa/index.htm

¹⁷² Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º turno, Sentencia N° 44/94, F 431/98.

¹⁷³ Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 253/97, “Schupp J.C. – Embajada de la República de Paraguay c/La República”

¹⁷⁴ Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 3º turno, Sentencia N° 75/03 de 22.4.2003, Juez Torres Collazo, “Arean, Mario c/ Israel, Sergio” F 31/03, confirmada por el Tribunal de Apelaciones respectivo.

penal (arts. 333 y 334 C.P.) y la libertad de expresión”¹⁷⁵. Considera la fiscal que la tensión no sólo se registra entre el sujeto agraviado y el periodista, sino que “hay un tercer actor en juego, que es la **sociedad** toda, interesada en que se le garantice el libre acceso a las noticias” siendo “la transparencia de la gestión pública” ... “la forma más adecuada de contribuir al fortalecimiento de las instituciones”.

En este y otros casos existían además de los antedichos, otros derechos-deberes de corte constitucional en juego, como las libertades de trabajo, comercio e industria (art. 36, 53 y sigs.). La puesta en práctica de la libertad de trabajo de que es titular el periodista supondrá necesariamente el cumplimiento de obligaciones profesionales esenciales a la labor desplegada.

La colisión o conflicto de derechos humanos en juego nos lleva a otras reflexiones relacionadas con la jerarquía de dichos valores entre sí en nuestro sistema jurídico, y la priorización de unos sobre otros que necesariamente se deriva de tales premisas.

Preguntándose acerca del alcance de la noción de “**interés general**” - que es frecuentemente invocada para subyugar derechos fundamentales reconocidos-, el Prof. Dr. Mariano Brito¹⁷⁶ plantea “¿Cómo afirmar” ... “la noción de interés general que actúe la dimensión social, sin menoscabo de la referencia personal esencial que llamamos la **dignidad humana**? ¿Cómo se vinculan interés general y bien particular? ¿Cuáles serán los atributos del interés general que eviten por igual los riesgos del individualismo atomizante del bien comunitario, y la exacerbación de un interés general absolutizado, transpersonalista o totalitario?”.

Luego de desarrollar los contenidos de este interés general según la regulación constitucional, resalta el principio conforme al cual “**la supraordenación del interés general y su preeminencia se restringe a la esfera de los fines respectivos de cargo del Estado**”, principio recogido en el ordenamiento positivo uruguayo que cita: “La satisfacción de necesidades colectivas debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los

¹⁷⁵ BRITO, Mariano R. citando a la fiscal Mirtha Guianze en este mismo caso, *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*, Universidad de Montevideo, 2004, p. 62, cita 15

¹⁷⁶ BRITO, Mariano R., op. Cit. p. 59-63

inherentes a la personalidad humana o los que se derivan de la forma republicana de gobierno (art. 7º y 72 de la Constitución)¹⁷⁷.

Entre otras conclusiones de Brito, destacamos la advertencia de “la necesidad de una justificación racional, que transcurre por aquello que el hombre es” a la hora de evaluar los eventuales conflictos de intereses o derechos, y la afirmación de que “El reconocimiento y la afirmación de la libertad, conllevan el reconocimiento de las situaciones de deber y responsabilidad personales consiguientes”, que “no adquiere naturaleza y carácter absoluto y totalitario, porque el acabado perfeccionamiento del hombre siempre deja a salvo la esfera de incomunicabilidad (la vida interior)”, en aras de la “acabada realización en perfección de las partes del todo social”.

IV. El recurso a los Medios de Comunicación Masiva como Medio Alternativo donde Ventilar los Conflictos:

Habíamos adelantado la ocurrencia en nuestro país de casos de ataque a la libertad religiosa de algunas confesiones religiosas –en este caso por el ejercicio abusivo o ilícito de dicho derecho de expresión a través de los medios de comunicación- que no obstante reunir todos los elementos típicos para la configuración de un delito de comunicación u otros, no fueron ventilados por las personas agraviadas ante los órganos jurisdiccionales, sino que –por motivos diversos- se optó por su denuncia, reclamo y en definitiva, su dilucidación por y a través de los medios masivos de comunicación, que vinieron a cumplir la función de árbitros informales del litigio.

Caso Umbanda c/ Iglesia Universal del Reino de Dios

Nicolás Guigou y Yamila Rovitto en la compilación “Las Religiones en el Uruguay”¹⁷⁸ dan cuenta de lo que denominan “Guerra religiosa en el Uruguay”, denunciando que “en todo momento la IURD” (neopentecostales cuya consigna central es “Pare de sufrir”) “ha confrontado directamente a las religiones afro-brasileñas (y a otras creencias consideradas [por éstos] “demoníacas”)”. Los citados antropólogos sostienen que es contra la invasión del espacio público

¹⁷⁷ Decreto del Poder Ejecutivo N° 30/003, de 23/1/003, art. 9º, inc. 2, citado por Brito en op. cit.

¹⁷⁸ GEYMONAT, Roger, compilador, *Más allá del bien y del mal: la Iglesia Universal del Reino de Dios en el Uruguay, Las Religiones en el Uruguay*, Mvdeo, Ed. La Gotera, 2004, p. 130-145

perpetrada por la IURD que los líderes afro-umbandistas se pronuncian, invocando a la Ley y reclamando el amparo estatal en su calidad de guardián de la libertad de culto, intentando protegerse bajo lo que denominan el “sagrado manto laico”.

Así, es frecuente la emisión de comunicados de prensa del grupo umbandista “Atabaque” (que dirige una revista del mismo nombre) expresando su malestar por los agravios infligidos por los pastores de la IURD¹⁷⁹. Los líderes religiosos de la IFA (Instituciones Federadas Afroiumbandistas) se quejan en los medios de prensa de que “vienen soportando desde hace más de una década” estos ataques, que se han incrementado desde la televisión por medio de los programas que a diario se emiten en Uruguay. En artículo de prensa titulado “Umbandistas y Reino de Dios enfrentados”, la citada publicación recoge la defensa de un miembro de la IURD, quien niega por falsas estas acusaciones, al tiempo que asimila macumba, brujería y umbanda “son lo mismo”. Umbanda se queja también de las acciones deliberadas de la IURD de intentar por medio de la televisión captar fieles de su culto. Se los acusa de “fiasco”, de “estafa” o “negocio religioso”, de manipulación psicológica que deriva en peligrosidad para el individuo y la sociedad¹⁸⁰.

El hecho religioso se toma como bien objeto del comercio de los hombres, centrándose los reclamos en lo que podría considerarse como “competencia desleal” de parte de quien detenta los medios económicos para alcanzar de forma extensiva sus objetivos sumando adeptos. La desacreditación del contrario no se basa en fundamentos doctrinales ni dogmáticos, sino en la **demonización del contrincante** (los argumentos de la IURD) o en la **perjudicialidad de las prácticas para sus “consumidores”**. Los discursos asumen una óptica y contenidos socio-económicos, vinculados a las relaciones de consumo y derechos del consumidor, con términos propias de las prácticas comerciales, más que en cuestionamientos de fe verdadera versus herejía.

Ante la esterilidad de los reclamos, un grupo de umbandistas (Atabaque) ha optado por incorporarse a un partido político (Encuentro Progresista – Frente Amplio – Nueva Mayoría) buscando amparo, por un lado, y posicionamiento político para poder alcanzar sus reivindicaciones en el plano legal, por otro.

¹⁷⁹ Diario “El País”, Montevideo, 22/1/05, pág. 3

¹⁸⁰ GEYMONAT, R, compilador, *Las Religiones en el Uruguay* op.cit, p. 143

Lo particular de esta estrategia es el uso de instrumentos alternativos a los jurídicos, existiendo éstos (ley de comunicación y los delitos previstos, derecho de rectificación y respuesta, tipos penales perseguibles a instancia del ofendido, eventual responsabilidad de los medios, y amparo genérico de la libertad religiosa a que el Estado está obligado constitucionalmente y en virtud del Derecho Internacional).

Así, **el recurso a la libertad de expresión se da en dos planos:**

i. el uso de la **libertad de expresión** a través de los medios masivos de comunicación como **instrumento hábil para comunicar** ideas, denunciar hechos, ventilar litigios, apelar al “juicio” del conglomerado social (nivel proactivo, de iniciativa de la confesión religiosa);

ii. el ejercicio del **derecho de expresión** de la confesión religiosa como **sustituto de las acciones judiciales** (amparo jurídico del Estado), por diversos motivos (nivel de reacción frente a una provocación, de defensa o respuesta).

i. El primer plano constituye el ámbito natural tanto de la libertad de expresión, como de los contenidos de lo comunicado a través de los medios masivos (ideas, confrontaciones, opiniones, denuncias).

ii. En cambio, en el segundo plano se da la particularidad del recurso a los medios de comunicación como herramienta **alternativa** de la acción procesal y del amparo jurisdiccional, que es el ámbito natural para la solución de los conflictos, habida cuenta de que nuestro derecho ofrece vías procesales y garantías idóneas para la protección de los bienes jurídicos religiosos. El medio de comunicación sustituye a la sede judicial y al órgano jurisdiccional –el Juez-, a la vez que es campo de batalla. Los fundamentos son tomados en préstamo de la práctica comercial y de las relaciones de consumo.

Las **razones** que pueden existir dentro de las confesiones religiosas para optar por esta vía alternativa a la jurisdiccional como árbitro de sus conflictos pueden ser variadas. Se ha alegado la ineficacia de los medios de tutela jurídica. Al respecto, ha de decirse, que si bien todo instituto es perfectible, nuestro derecho consagra una amplia tutela de los bienes jurídicos como el honor y la libertad religiosa que pueden ser objeto de agravio mediante los medios

masivos de comunicación. Los tipos penales consagrados son extensivos en cuanto cubren la casi totalidad de las hipótesis de agravio posibles, y concomitantemente el sistema penal prevé sanciones, al tiempo que acciones como las de rectificación y respuesta para restaurar los daños ocasionados, proveyendo institutos como la representación de intereses difusos y el recurso de amparo en caso de no existir otros mecanismos procesales o administrativos para la salvaguarda del bien jurídico en cuestión¹⁸¹ o a las fuentes supletorias de la Constitución (garantía genérica del art. 332) en la eventualidad de que la hipótesis de agravio o lesión no estuviere prevista tampoco por esta ley¹⁸², o aún contra la Administración por omisión de su deber¹⁸³ de tutelar la libertad religiosa de determinada confesión atacada de forma ilegítima por otra (responsabilidad por omisión).

La situación rememora la actitud que en tiempos pretéritos tuviera el movimiento obrero antes de la autonomía del Derecho Laboral. La falta de conciencia social o de su condición (laboral) de los trabajadores, antes del desarrollo del Derecho Laboral protector de sus reclamos, los llevaba en una primera etapa a buscar medios alternativos de protección dentro de la sociedad civil, por medio de acciones aisladas de protesta, manifestación, incluso huelga, pero no organizada como movimiento sindical debido a la falta de conciencia de clase y falta de consecuente organización. Posteriormente ese movimiento obrero, junto a una toma de conciencia por parte de los estamentos políticos y jurídicos de la necesidad de plasmar una protección de la parte considerada más débil en la relación laboral –con la influencia incuestionable de la Encíclica “Rerum Novarum”- redundó luego en el desarrollo del vasto Derecho Laboral, al que acuden los trabajadores de forma eficaz, sin desmedro de las acciones fácticas que continúan ejerciendo en la sociedad civil.

Falta, entonces, por un lado, una toma de conciencia dentro de las confesiones religiosas –o por lo menos de algunas de ellas- respecto a los derechos de que son titulares y de los medios que el Derecho ofrece para su

¹⁸¹ Ley Nº 16.011 (Acción de Amparo) arts. 1 y 2

¹⁸² CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Fundamentos y Alcances Constitucionales de la Acción de Amparo*, *Revista de la Administración Pública Uruguaya*, Oct. 1989, Montevideo, Oficina Nacional del Servicio Civil,” pp. 24 y sigs.

¹⁸³ BRITO, Mariano R., *Acción de Amparo*, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Serie Congresos y Conferencias Nº 1*, Seminario “El Poder y su Control”, Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga, agosto –setiembre 1989, 4ª Jornada, 28/8/89, pp. 138-162.

tutela; y por otro lado, una conciencia de su ser, conciencia de su condición de confesión religiosa, como estamento intermedio singular dentro de la sociedad, diverso de los partidos políticos, como comunidad intermedia de características propias y diferentes del resto, digna y acreedora *per se* de protección de parte del Estado, cuyo fin primordial es propender a su desarrollo.

Un caso tomado como indicador de otra posición frente a los agravios: la Conferencia Episcopal Uruguay frente al ataque al honor del Papa:

Este caso, como se indica, no pretende ser estereotipo de la actitud de la Iglesia Católica ante delitos contra el honor. Simplemente, se toma el caso puntual como indicador de otra postura frente al agravio.

La Universidad Católica de Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga denunció públicamente al semanario “Voces del Frente” (de filiación política del partido de gobierno “Encuentro Progresista – Frente Amplio – Nueva Mayoría”) por haber agraviado al Papa Benedicto XVI con el apelativo de “Führer”, en un hecho que “denigra su imagen personal” y “**ataca a todos los católicos**”¹⁸⁴. A pesar de que el Área Penal de la Facultad de Derecho de dicha Universidad elaboró y publicó un informe sosteniendo que “las expresiones agraviantes, verbales y gráficas” contra el Papa, **violan “preceptos constitucionales** garantes de la libertad y respeto por la libertad de cultos religiosos” y que “dichas conductas presentan clara apariencia delictiva”, por “posiblemente” ir contra dispositivos que protegen bienes jurídicos “como **el honor de Jefes de Estado extranjero**, la paz pública y la libertad de culto religioso”, amparados en los artículos 138, 149 y 360 del Código Penal, el Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal Uruguay informó que tras las aclaraciones respectivas **no iniciaría ninguna acción penal** contra los responsables, invitando en cambio a recorrer “el camino de la reflexión serena, del diálogo constructivo y del **debate respetuoso** como medios para fortalecer la convivencia”.

No ha sido el único caso planteado, ni una excepción a la actitud general de las confesiones religiosas ante estos desbordes. No puede hablarse aquí de desconocimiento de las herramientas que presta el derecho para la tutela de los derechos y libertades –se contó con un informe jurídico-. Se trata de una decisión de la confesión religiosa –legítima, por cierto- tomada a conciencia, de no

¹⁸⁴ <http://www.Aciprensa.com/>, 07 May. 05 (ACI)

movilizar la instancia del ofendido para iniciar la acción penal contra los agresores y optar en cambio por apelar a la condena social, política y moral de la comunidad a tales hechos reprobables, que con eficacia logran los medios masivos de comunicación. Nuevamente, los motivos pastorales y los fines de las religiones distan de aquellos del Estado y hasta del Derecho que es instrumento al servicio de las personas, pues como observa Brito “**ni el Estado <<ni el derecho, ni lo político totalizan lo social>>**”¹⁸⁵. Ver addenda de 5 de octubre de 2006.

Una actitud radicalmente opuesta: la Comunidad Judía frente a una imputada discriminación:

El evento es bien reciente (de 13 de septiembre de 2006) y con respecto al mismo sí podría afirmarse que constituye **prototipo** de la reacción de la comunidad judía frente a los embates, cuya fuerte reacción de defensa, denuncia y reivindicación provienen ya de la B’nai B’rith, ya del Comité Central Israelita, ya de otras instituciones comprometidas con la identidad judía. Estos casos sí llegan con frecuencia ante los Tribunales, dando lugar a profusa jurisprudencia.

Según relatan los medios de prensa¹⁸⁶, se detuvo a tres personas que acababan de hacer pintadas callejeras. El graffiti era dirigido contra el Director General de Rentas de la Dirección General Impositiva (miembro de la colectividad judía), acusándolo de corrupto y haciendo alusión a un caso en que se había seguido un proceso administrativo tributario contra un principal supermercado de plaza. Se pintó la leyenda “Z COIMERO. TE VENDÉS CON LOS JUDAS DE T. INGLESA”.

El Director de Rentas, Eduardo Zaidensztat, presentó denuncia por los hechos contra el Edil¹⁸⁷ del Partido Colorado (Lista 15) que había encargado la pintada, “por el delito de desacato por ofensa” (art. 173 inc. 1º, delito cuyo sujeto pasivo es un funcionario público), y además por el delito de discriminación religiosa (art. 149 BIS del C. Penal, ya analizado). Posteriormente, se dispuso el procesamiento con prisión del Edil por el primer delito imputado (art. 173 inc. 1º del C.P.).

¹⁸⁵ BRITO, M. *Derecho Administrativo*, op. cit., p 61, citando también a Philippe Andre-Vincent

¹⁸⁶ Diario “La República”, 13 de setiembre de 2006, portada y p. 3

¹⁸⁷ curul, miembro de la Junta Departamental de Montevideo, órgano legislativo departamental

El **Comité Central Israelita** incoaría demanda penal sobre los mismos hechos, configuradores de dos figuras delictivas, arguyendo que “la agresión no fue solamente a Z” (como se conoce al Director de Rentas), “sino a toda la colectividad”, “sometiendo(la) al escarnio público”, en lo que consideramos una franca acción popular (“class action”) incoada en representación de intereses difusos (art. 42 C.G.P. y 5º del C. Proced. Penal).

Si bien el procesamiento del Edil y sus coautores fue por el primer delito y no por el de discriminación religiosa, **la acción del Comité Central Israelita resulta interesante en cuanto toca diversos aspectos de nuestra materia:**

En primer lugar, **la apelación a la sensibilidad del receptor del agravio** (incitación agravante), que en base a dicha sensibilidad **enerva la acción, todo ello por la inclusión de este elemento subjetivo dentro del tipo penal.**

El accionante invocó el antisemitismo que la pintada callejera transmitía, de lo que se derivaba la tipificación del delito previsto en la “Ley Antidiscriminatoria” (art. 149 BIS del C.P., en la redacción dada por la ley 17.677). La leyenda no contenía referencias genéricas peyorativas a la comunidad judía en sí. Decía “te vendés con los judas de Tienda Inglesa”, sin expresar en el texto un insulto a los judíos, ni una desacreditación, de por sí.

Desprovistos de prejuicios, podríamos sostener que sería equiparable a pintar “gringos” del mismo supermercado¹⁸⁸. Pero los accionantes consideraron lesiva la conceptualización que se encontraba detrás de la leyenda. No se puede desconocer que la alusión “juda” tiene en nuestro medio una connotación negativa, diversa de la exclusiva referencia al origen racial o a la práctica religiosa judía. Mientras “juda” hiere a la colectividad, por su actual connotación negativa, por la forma en que se ha usado el término, la calificación “judío” no lo hace y alude solamente al origen racial o práctica religiosa. Por ello, el apelativo “juda” puede llegar a configurar el tipo penal por ser la pintada callejera un “*medio apto para su difusión pública*” y habiendo su autor **incitado** mediante el mismo “*al*

¹⁸⁸ Lo cierto es que, como un vocero del supermercado aclaró, sus dueños no son de origen ni religión judía, sino que son de origen anglosajón.

odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión u origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual ...”

La sensibilidad herida del agraviado ha sido considerada por el legislador, independientemente de que prospere o no la acción penal punitiva. El delito “se consuma apenas la instigación (incitación) es percibida por un número indeterminado de personas¹⁸⁹.

Similares apreciaciones podrían hacerse respecto al calificativo “**yanqui**” que tiene implicancias peyorativas distintas –o puede tenerlas, según cómo se use- en comparación con “norteamericano” o “estadounidense”; o “**sudaca**” frente a “sudamericano”, entre otros ejemplos.

En segundo lugar, el análisis de los límites de la libertad de expresión de quienes ejecutaron (directa o indirectamente) la manifestación gráfica de la idea, opinión o denuncia. Y los límites se encuentran en este caso precisados por ley (el tipo penal descripto, y eventualmente los delitos contra el honor) independientemente de que surgirán también de la armonización del ordenamiento jurídico en su conjunto (derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno, con regulación específica o genérica). Y los límites tienen que ver en este caso con la máxima del derecho que impone ejercer mis derechos y mi libertad en tanto no lesione los derechos y libertades de los demás.

En tercer lugar, resulta novedosa la invocación de la legitimación activa de la institución denunciante, en cuanto estaría compareciendo en representación de intereses difusos (art. 42 C.G.P. y 5 C.P.P.). El Comité Central Israelita no actuó como persona jurídica en representación procesal de sus asociados, sino que lo hizo en nombre de un grupo subjetivo indeterminado: la colectividad judía en el país. Su actuación procesal repercutió sobre la situación de cada uno de los interesados, miembros, parte de ese colectivo¹⁹⁰.

¹⁸⁹ CAIROLI, M, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T IV, op. Cit., 1989, pp. 69-71; BAYARDO BENGEOA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, T IV, Montevideo, Instituto Uruguayo de Derecho Penal, p. 131 y SALVAGNO CAMPOS, Carlos, *Curso de Derecho Penal*, Parte Especial, Montevideo, Ed. 33, 1946, p. 208

¹⁹⁰ VARELA – MÉNDEZ, Edgar J., *Curso sobre el Código General del Proceso*, T I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 70-71 y BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El proceso civil : Código general del proceso*, Montevideo, Ediciones Idea, 1989

Se plantea así otra dificultad vinculada al **alcance subjetivo de la cosa juzgada**. Pues en este tipo de procesos en que se comparece en defensa de intereses difusos, se da la particularidad de que la **sentencia dictada tiene eficacia general** (art. 220 C.G.P.). Se está plasmando la ficción legal de la participación en el juicio de todas las partes potencialmente involucradas o aunadas por dicho interés difuso, sin que éstas hayan comparecido, ni hayan sido emplazadas, ni siquiera individualizadas, y hasta puedan oponerse al objeto de la pretensión.

En materia penal, obrarán sólo como denunciadores o eventuales testigos, prosiguiendo el proceso entre fiscal, imputado y juez. Pero en relación a los **efectos civiles del ilícito**, podría plantearse un problema a la hora de definir a los **beneficiarios de una indemnización** pecuniaria por los daños y perjuicios provocados por el accionar ilícito del imputado.

En cuarto lugar, interesa la **actitud** de esta colectividad, que demuestra plena **conciencia de pertenencia** a una misma confesión religiosa -a la vez que a una raza- y conceptualiza lo que es una confesión religiosa como estamento distinto de otras entidades intermedias –como los partidos políticos- sin intentar asimilarse a ellos para fundamentar su amparo, y que reacciona pronta y eficazmente contra los desbordes, utilizando las herramientas jurídicas vigentes como medio para alcanzar de forma legítima sus objetivos. Ha sido una actitud constante, efectiva e imitable.

V. **Análisis Crítico de la Efectividad en el Ejercicio de la Libertad de Expresión: La Libertad Proclamada sin Goce Efectivo de Derechos es Ineficaz**

Hemos comprobado el **amplio manto** abarcado por la proclamación de la libertad de expresión en nuestro derecho, entre cuyas fuentes se destacan las normas de más alto rango jerárquico como los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional. Desde el punto de vista dogmático, la protección podría calificarse de perfecta.

Pero una libertad proclamada de forma tan amplia, sin el sustento de los mecanismos hábiles para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos derivados de tales libertades, se torna vacía o virtual.

Sin llegar a tal extremo, desde el Derecho Religioso del Estado caben críticas a nuestro ordenamiento jurídico en cuanto no logró conformar un acabado sistema de concreción de la libertad de expresión, por carencias en la igualdad de oportunidades para todas las tendencias, por la falta de las condiciones económicas, por los monopolios de hecho en la propiedad de los medios de comunicación masiva, por influencias políticas e ideológicas, en definitiva, por la omisión del cumplimiento de una función primordial del Estado, cual es la de **propender** a la libre comunicación de todos los estamentos sociales, no sólo permitirla.

Estamos aún en la etapa propia de la concepción de Estado del siglo XIX, en que éste Juez y gendarme solamente, proclamaba las libertades, dejando a los “libres” en tanta libertad, que ésta quedaba anulada por falta de los condicionamientos necesarios para ejercerla.

En sede de libertad religiosa no podemos denunciar censura alguna –con la salvedad del ámbito educativo, que se expondrá-, pero tampoco podemos jactarnos de la existencia de habilitaciones oficiales estables para que las confesiones religiosas puedan divulgar lo que es esencial a su ser: su fe y su postura frente a las diversas interpelaciones que continuamente se plantean por la vida y existencia de los hombres en el planeta.

Estas carencias afectan derechos humanos fundamentales estrechamente ligados a la libertad de expresión, como la libertad de comunicación y de información. El titular del derecho a la información es un sujeto intrínsecamente **dependiente**: dependiente de que “alguien” le comunique algo, de “qué” le comunique, de “cómo” se lo comunique y de que el contenido de lo comunicado sea veraz. El titular del derecho de comunicar depende también de que alguien lo escuche.

Se constatan **grados de libertad** diversos en las diferentes áreas.

El propietario de un medio de prensa (transmisor) tiene un grado de

libertad para comunicar, debiendo ajustarse a la veracidad de la información, a los límites legales que pautan el abuso del derecho, eventualmente a sus patrocinadores y anunciantes, de quienes depende económicamente. La información que brinda tendrá un grado relativo de calidad. Alcanza, sin embargo, a gran número de receptores. - información ++ efectividad

El educador goza de libertad de cátedra, mas debe ajustar los contenidos comunicados a la verdad y a los programas académicos, además de a la escala de valores de la institución a la que pertenece. La calidad de su información es superior y veraz (al menos en el deber ser). Alcanza a menor número de receptores, con efectividad en cuanto a la credibilidad de los contenidos transmitidos. +información + efectividad

En el ámbito familiar se da el máximo de libertad de expresión que tiene la virtud de repercutir en el máximo de calidad de información y credibilidad, pero con un reducido ámbito subjetivo de recepción. ++información -efectividad

Las observaciones precedentes llevar a concluir que donde existe más libertad de expresión (ámbito privado) es menos eficaz en términos de alcance. Donde la libertad de informarse es más efectiva, en términos de aptitud formadora, es donde tiene menor alcance. Donde hay menor intervención de la autoridad para propiciar la expresión, ésta será más libre, pero menos efectiva desde la óptica del potencial receptor.

Por ello se impone una actitud proactiva de parte del Estado, no bastando que vigile el cumplimiento de las disposiciones dogmáticas, sino asegurándose de su efectivo ejercicio y goce por los titulares de los derechos en cuestión. “El hombre necesita, sin remedio, del concurso y el auxilio de la sociedad y del estado, y de la seguridad para desarrollar todos los atributos de su personalidad”¹⁹¹, en cuanto **el Estado tiene un ser “instrumental para el interés general”**, es “carente de existencia sustantiva, sólo es un ser para otros, para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios. De aquí su radical **naturaleza y función subsidiaria.**”¹⁹²

Las **omisiones** se constatan fundamentalmente en el cercenamiento de

¹⁹¹ BRITO, Mariano R., *Derecho Administrativo*, op.cit., p. 223, con cita de MESSNER, Johannes, *La Cuestión Social*, Madrid, 1976, 2ª ed., p. 354

¹⁹² BRITO, op. Cit. con cita de CAGNONI, José A., *Estado y Sociedad. El principio de subsidiariedad*, Cuadernos del CLAEH, N° 29, enero - marzo 1984, Montevideo.

la libertad de expresión de las confesiones religiosas en el **ámbito educativo oficial**, en el que tienen vedado (legal¹⁹³, no constitucionalmente) siquiera informar acerca del credo de las diversas religiones, en flagrante contravención a lo dispuesto por el derecho humanitario y la Constitución misma¹⁹⁴, que reconoce el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, asemejándose este impedimento a una censura previa. No goza del derecho el comunicador, al que se le veda expresar, ni tampoco el receptor, que queda sin informarse (sin conocer el dato) y sin la posibilidad de “formarse en” una concepción de vida (in-formarse).

Cassinelli Muñoz da cuenta de los **problemas económicos de la comunicación de pensamientos**¹⁹⁵, advirtiendo de los múltiples intereses contrapuestos y de la serie de dificultades, incluso materiales, que son difíciles de superar mediante normas jurídicas. Destaca las inversiones de capital que suponen los medios materiales de divulgación de las ideas, la presencia de un tercer sujeto –el empresario de la emisión- que en sí no ejerce libertad de expresión sino de empresa (art. 36 Constitución), y otras dificultades, de las que se deriva que “tampoco hay garantía de que se pongan a disposición de la persona que tiene un pensamiento que emitir, bienes o servicios que no estén a su alcance económico como para hacer efectiva la difusión de esas ideas o informaciones que la persona tenga interés en hacer conocer.” Denuncia la ausencia de normas que controlen la veracidad de las informaciones. Citando el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹⁶, trae a colación la solución que en el derecho comparado se ha dado al problema, poniendo estos medios a disposición de los distintos sectores de opinión, cada vez que se plantea un tema de interés general, tendiendo a una distribución equitativa.

No sería más que la aplicación, hacia el conjunto de las confesiones religiosas, de los principios de pluralismo e igualdad, entendida ésta última como

¹⁹³ La “Escuela Laica, Gratuita y Obligatoria” se impone en 1909 dentro del proceso de secularización, a inspiración del reformista José Pedro Varela, con la supresión total de toda enseñanza y práctica religiosa en las escuelas del Estado y penándose gravosamente a los maestros transgresores de esta disposición.

¹⁹⁴ Art. 68 Constitución “Queda garantida la libertad de enseñanza. La Ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos. Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones que desee.”

¹⁹⁵ CASSINELLI MUÑOZ, H. *Derecho Público*, op. Cit. PP 140-112

¹⁹⁶ “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones.”

justicia desigualmente igualitaria.

Volviendo a Cassinelli, señala una excepción a esta situación de falta de distribución equitativa de las horas o espacios radiales o televisados en beneficio de las distintas corrientes de opinión, y la excepción es la **Ley 17.045** que otorga a los candidatos presidenciales de los partidos políticos con representación parlamentaria el derecho a disponer gratuitamente de un espacio en las radiodifusoras y televisoras del Servicio Oficial de Difusión, Radiotelevisión y Espectáculos (SODRE) en oportunidad de las campañas electorales.

En cuanto a la **veracidad de la información**, postulamos **un caso de violación a la verdad**: se ha planteado sucesivamente en varios períodos legislativos la iniciativa de leyes como las de despenalización del aborto y eutanasia, la manipulación de embriones humanos y clonación, la asimilación de las uniones homosexuales al concubinato heterosexual a los efectos patrimoniales, entre otras. El derecho a la información veraz ya surge truncado ab initio desde que se nombra la ley “de Salud Reproductiva”, cuando despenaliza el aborto. El engaño es deliberado y flagrante. El nomen iuris no hace a la esencia de la ley, pero influye de forma mentirosa sobre la opinión pública. Ya sea que corresponda la sanción de la ley a los representantes democráticamente elegidos, ya intervenga en forma indirecta el cuerpo electoral por los mecanismos de democracia indirecta en la decisión acerca de la misma, la información sobre el contenido de la ley da en su título no se corresponderá con lo que realmente consagra. Al soberano le compete el derecho exclusivo de establecer las leyes de la Nación. Pero si ejerce el derecho bajo engaño, tergiversación o simulación, se le habrá desprovisto sutilmente de su libertad. No votará lo que quiso votar, sino lo que creyó erróneamente querer votar.

Existe al respecto otro punto a considerar y es que está en juego en este caso el derecho a expresarse respecto a una medida legislativa que reforma profundamente nuestro sistema jurídico, eliminando un delito que atenta contra el bien jurídico vida del elenco de los tipificados. Se trata en todos los casos de cuestiones que atañen a la esencia y principales dogmas de las confesiones religiosas, que querrán expresar su postura frente a un tema que afecta a todos. La conquista de la Ley 17.045 que habilita a los partidos políticos a captar votos en miras de las elecciones debería trasladarse a estos estamentos religiosos a la hora de pronunciarse sobre reformas fundamentales que también serán

dispuestas por los mecanismos de la democracia directa o indirecta, al igual que la elección de los gobernantes.

En igual sentido se pronuncia Mariano Brito¹⁹⁷ al analizar el régimen jurídico de la **Radiodifusión** en el Uruguay (Decreto-Ley **14.670**¹⁹⁸). “Los servicios de radiodifusión participan de la naturaleza de medio para la libertad de información y expresión”, constituyendo éste un “límite sustantivo a la conducta estatal, para la que el acto habilitante del uso por particulares” (de la frecuencia) “para la libre expresión del pensamiento, constituye un acto debido. De ahí que “toda disposición interna de los estados que pretenda desconocer que el derecho a utilizar una frecuencia se encuentre en la esfera de la libertad –sujeta, esto si, a autorización por razones de policía de orden público- podría considerarse en contradicción con el derecho internacional público”¹⁹⁹. Destaca como una de las virtudes de Decreto-Ley 14.670 la subsistencia de un **régimen pluralista de concurrencia**, para la explotación, excluyente de un monopolio estatal o privado, que estaría siempre reñido en nuestro sistema jurídico con su sustantivo valor de medio para la libre comunicación del pensamiento y derecho a la información.

“Ante la omisión o el exceso de la libertad personal o de los grupos intermedios, se vuelve necesaria la acción reguladora y controladora del Estado. Esto será así especialmente cuando la concentración del poder económico sea de tal magnitud que produzca conductas abusivas.”²⁰⁰

“No basta ni es tan fácil proclamar simplemente en la Constitución la existencia de determinadas libertades si no se las completa con garantías adecuadas”²⁰¹.

REFLEXIÓN FINAL:

Luego del estudio jurídico del tema, me reservo para la reflexión final una manifestación personal, en la que me permito –en ejercicio de mi libertad de expresión- revelar mis convicciones.

¹⁹⁷ BRITO, Mariano R., *Derecho Administrativo*, op. Cit., pp. 179-205

¹⁹⁸ corresponde tener en cuenta el régimen resultante de la ley 17.296, acota BRITO, op. Cit.

¹⁹⁹ BRITO, op. Cit, citando con alcance limitado a SOLÉ y AGUIRRE RAMÍREZ en *Derecho a la radiodifusión – Algunos conceptos básicos*, Montevideo, 1974, p. 47.

²⁰⁰ BRITO, M, *Derecho Administrativo*, op. Cit. p. 249

²⁰¹ CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho Público*, op.cit., p. 109

Es una misión esencial de toda fe convertir adeptos, “pescar almas”, para el propio bien de los hombres, tarea que se realiza a través del instrumento de la palabra.

La Palabra ha sido usada como sinónimo y como cualidad esencial de Dios mismo.

La expresión es medio para anunciar al “Verbo” mismo.

“Al principio existía la Palabra, y la Palabra existía con Dios, y la palabra era Dios” (Jn. 1, 1).

“Y la palabra se hizo carne y puso su Morada entre nosotros” (Jn., 1, 14).

Así se nos encarga por el Verbo hecho carne la transmisión de la Buena Nueva a nuestros semejantes, tarea que no se realiza sino a través de la expresión.

“Y les dijo: «Id a todo el mundo y predicad el Evangelio a toda la creación”. (Mc. 16, 15) y “Así que id, haced discípulos a todas las naciones” (Mt. 28, 19).

No es que a la Fe le sea imprescindible una colaboración de parte del Estado para lograr propagarse. De hecho, ha debido históricamente prescindir del César y hasta actuar de forma clandestina de la autoridad, sin desmedro de la evangelización.

Es la autoridad política la que tiene el deber, por respeto de la dignidad humana, de propender a que el individuo pueda alcanzar la Verdad en un ámbito de Libertad.

ADDENDA:

Al 5 de octubre de 2006 se constata la siguiente pintada callejera en la pared exterior de la Catedral Metropolitana (esquina de las calles Sarandí e Ituzaingó): “MUERTE AL PAPA NAZI. TIO BING”.

Se desconoce la antigüedad exacta del graffiti, pero no excede las tres semanas. El insulto a la máxima jerarquía de la Iglesia Católica luce en el templo

principal de la capital del país. Agrede al Sumo Pontífice a la vez que a todos sus fieles. Tiene la potencialidad de configurar o configura de por sí un delito.

La pintada permanece, sin que se hayan levantado voces en su contra.