



## Apología del Crimen

Por **María Cecilia Liporace**<sup>1</sup>

**Art. 213:** *“Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.”*

### 1. Ubicación sistemática. Evolución legislativa.

El delito de análisis se encuentra incluido dentro del género de los “Delitos contra el orden público”.

El título VIII abarca supuestos diferentes: 1) instigación a cometer delitos; 2) la asociación ilícita, 3) la intimidación pública, 4) **la apología del crimen**, 5) otros atentados contra el orden público, las asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo.

Los delitos que ofenden al “orden público” no reparan determinadamente en lesiones a la integridad de las personas o a los bienes, sino que sus efectos tienen directa relación con la serenidad del ánimo social que puede verse “agredido” por la agitación que los tipos penales de mención irradian. Se los ha denominado “delitos de alarma colectiva”, capaces de generar un riesgo que agrede a la seguridad de la sociedad en conjunto. Encuentro en ellos un denominador común: **son delitos de peligro**, es decir aquellos que no generan una puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado (cuyo contenido desarrollaré seguidamente, más allá de los problemas que genera su conceptualización).

Con relación a la evolución legislativa del tipo legal en estudio, cabe realizar, en honor a la brevedad, un conciso detalle sobre el extremo: el Código Penal de 1886 no preveía la figura de apología.

---

<sup>1</sup> Abogada, egresada de la Universidad Nacional de la Matanza. Actualmente, alumna de la Especialización de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Docente -Auxiliar 1ra.- en las materias “Derecho Penal II – Parte Especial” y “Práctica Profesional Penal”, ambas de la Cátedra del Dr. Cristian Cabral, en la carrera de Abogacía dictada en la Universidad Nacional de La Matanza. Docente colaboradora de la materia “Derecho Penal – Parte Especial”, de la cátedra del Dr. Cristian Cabral, en la Tecnicatura en Seguridad, dictada en la Universidad Nacional de La Matanza, para funcionarios de la Policía Bonaerense.



Con el dictado de la Ley 7.029 se incluyó la represión con prisión de uno a tres años al que verbalmente, por escrito, o por impresos, o por cualquier medio o por hechos hiciera apología de un hecho o del autor de un hecho que la ley preveía como delito (confirme su art. 12).

Con el proyecto de 1917 se introdujeron cambios en el Código Penal, derivando en que el delito de apología sea incorporado en el Capítulo IV del Título VIII (con idéntica redacción que la actual).

En el año 1937 con el Proyecto Coll-Gómez, en el Título X se contemplaban dos artículos: el art. 299 que castigaba al que públicamente o en forma privada de propaganda, hiciere, por cualquier medio, la apología de un delito o del condenado por un delito, y el art. 300 contenía agravantes que elevaban la pena.

En el Proyecto Peco (1941) el delito de apología se encontraba dentro de la Sección III “De los delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad”, y contemplaba la agravante cuando la apología recaía sobre un delito contra la personalidad del Estado o de un condenado por ese tipo de delitos.

El Proyecto De Benedetti del año 1951, sistematizó los delitos contra el orden público, mantuvo la figura en su art. 379, eliminó la agravante y modificó la penalidad. En 1953 (Proyecto Levene-Maldonado-Laplaza) se mantuvo la denominación de 1951 y realizó modificaciones a la redacción del tipo penal.

Ya en 1961, el Proyecto Soler realizó otras modificaciones terminológicas. El Decreto-ley 788/63 si bien detallaba los delitos contra la seguridad pública, nada decía respecto de la apología del crimen (la Ley 16.648 derogó el decreto pero no produjo modificaciones sobre el delito en cuestión).

Luego del dictado de diversas leyes relacionadas con los delitos contra la seguridad pública, la Ley 21.338 modificó sensiblemente la redacción del art. 213: cuando la apología fuera hecha por quien, en razón de su estado, profesión, cargo público o condición análoga, pudiese tener natural ascendiente sobre otras personas, de tres a seis años de prisión; cuando la apología fuere de ilícitos vinculados con las finalidades subversivas o condenados por delitos de esa naturaleza, o incluso de autores no condenados, la pena general era de tres años a cinco de prisión o reclusión, y en caso de que fuera hecha por las personas que ya tenían pena agravada por razón de su cargo o profesión, era de reclusión o prisión de seis a quince años.



En el Proyecto Soler-Cabral-Aguirre Obarrio de 1979 se mantuvo la redacción de la ley anteriormente mencionada. Con el dictado de la Ley 23.077 se reestableció el texto originario del Código de 1921.

Finalmente el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación (2006) eliminó la figura de la apología del crimen<sup>2</sup>.

Actualmente el Código Penal establece en su **art. 213**: “*Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito*”.

## **2. Bien jurídico protegido. Breve reseña sobre la problemática de los delitos de peligro.**

Bajo el Título VIII del Código Penal se encuentran legislados una serie de delitos que tienen como común denominador la afectación al “*orden público*”.

Al utilizar el legislador tipos penales abiertos, ambiguos o indeterminados provoca, como señalaré, serias dificultades interpretativas.

A ello debe sumarse que la construcción de estas infracciones como de peligro dificultan superar aún más el estándar de constitucionalidad, a la que debe someterse la descripción de una conducta que el Estado pretende criminalizar.

Si partimos de la premisa de considerar que una de las principales funciones del bien jurídico, es limitar la pretensión punitiva estatal y permitir una correcta interpretación de los tipos penales, teniendo en cuenta cuales son los intereses que el Estado intenta proteger; nos encontramos, al tratar estos delitos, con serias dificultades al pretender definir “orden público”.

Esta amplitud, ambivalencia e indeterminación del bien jurídico protegido, ha provocado diversas opiniones por parte de los autores, en la mayoría de los casos, aspirando a limitar y dar precisión al concepto.

<sup>2</sup> BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 9. Artículos 200/236. Parte Especial”, Ed. Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2010, p. 478/80.



Así Carrara, Soler, Fontán Balestra, Núñez, Buompadre entre otros, sostienen que ante la ambigüedad del término resulta preferible considerar a la tranquilidad pública como el bien jurídico protegido.

Debe tenerse en cuenta que en este tipo de ilícitos, como lo son el delito que me ocupa y los previstos en los arts. 209 –instigación a cometer delitos-<sup>3</sup>, 210 y 210 bis del C.P. –asociación ilícita-<sup>4</sup>, entre otros, no se protegen bienes jurídicos primarios o inmediatos sino que actúan solo en forma mediata, resguardando a la sociedad de conductas que provocarían perturbación social y alteraciones en el desenvolvimiento normal de la vida civil.

Señala Buompadre, *“Las conductas definidas en este título configuran hechos criminales perturbadores de la vida colectiva, por los efectos (miembro, temor, intranquilidad) que producen en el sentimiento de los individuos en general, frente a la incertidumbre de que tales hechos se llevarán a cabo”*.

Si a las dificultades antes señaladas le sumamos que los tipos penales mencionados, resultan en su mayoría delitos de peligro o de pura actividad, estamos frente a un verdadero “cóctel explosivo”, que nos coloca frente a un derecho penal autoritario, que lleva a punir actos que el legislador, sin mayor constatación empírica, considera peligrosos.

Concretamente, entonces, el bien jurídico tutelado es la tranquilidad pública, definida por los autores clásicos<sup>5</sup> como *la sensación o la situación subjetiva de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que puedan vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de su convivencia*.

Asimismo la jurisprudencia ha determinado que la apología del crimen ataca el orden y la seguridad social, y como delito contra la tranquilidad pública, vulnera el orden sociopolítico y la marcha regular y pacífica de la convivencia comunitaria<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Ver comentario del art. 209 del C.P. realizado por Florencia Requejo.

<sup>4</sup> Ver comentario de los arts. 210 y 210 bis del C.P. realizado por Ricardo R. Maidana.

<sup>5</sup> NÚÑEZ, Ricardo, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V, Vol. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, p. 173; SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1992, p. 695; FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal – Parte Especial”, Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 453.

<sup>6</sup> CFed. CCorr., “Antonio J.”, sala I, rta. 13/12/1979, LL 1980-C-312.



En ese mismo sentido, Creus<sup>7</sup> encuentra el fundamento de la punibilidad del delito en que *la tranquilidad pública es atacada por el enaltecimiento de aquellos procederres que son, precisamente, los que se oponen a la normalidad de las relaciones sociales.*

Con relación al bien jurídico protegido surge la problemática que se presenta frente al principio de lesividad, entendido como necesario para cualquier tipo penal, cuando está dirigido exclusivamente a que el poder coercitivo únicamente podrá activarse cuando un bien jurídico tutelado se encuentre frente a un peligro concreto de ser dañado, o bien, cuando el mismo ya ha sido lesionado, siempre y cuando no medie una causa de justificación<sup>8</sup>. En idéntico sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que “...en el *principio de lesividad*, según el cual ningún Derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”<sup>9</sup>.

En esos términos, las disposiciones contenidas en el título de los delitos contra el orden público se enfrentan a ello toda vez que están encaminadas a la prevención de otros delitos, es decir, existe un anticipo de punibilidad en ausencia de lesiones o daños concretos.

Por ende, nos encontramos con tipos delictivos que según Roxin<sup>10</sup> forman parte de un derecho penal simbólico que amplía la punibilidad hasta los extremos en que no existe una concreta lesión.

Frente al problema introducido, cabe preguntarse y tomar posición respecto a si es suficiente con la configuración de ese peligro como fundamento de la tipicidad. Es decir, el interrogante concreto sería si los sentimientos de alarma o temor resultan suficientes para hacer emerger el componente objetivo de la lesividad. Cabe recordar que Carrara<sup>11</sup> enseña que estos delitos deberían ser entendidos como aquellos en los que este estado de ánimo es el que constituye un verdadero daño que absorbe o comprende al daño que se quisiera causar a un determinado individuo o familia.

Por tanto y como sostiene Soler, si se considera a este tipo de delitos como preparatorios de otros (instigación indirecta) se deberá acreditar que ellos están dirigidos de manera directa a lesionar

<sup>7</sup> CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II, Ed. Astrea, 6ta. Edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, 1998, p. 128.

<sup>8</sup> FIGUEROA, Francisco, “El regreso al Derecho Penal Inquisitivo”, eldial.com DC1648, publicado el 19/7/2011.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro “Derecho Penal. Parte general”, Ed. Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 128. Criterio similar, sostiene ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Estructura básica del Derecho Penal”, Ed. Ediar, Buenos Aires. 2009, p. 43/4.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus “Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 59.

<sup>11</sup> CARRARA, Francesco, “Programa del Curso de Derecho Criminal”, Vol. I, Ed. EJE. Edición 11va., Buenos Aires, 1944.



otros bienes jurídicos a partir de la magnitud de la alarma que representan para la convivencia pacífica de la sociedad; siendo uno de los fundamentos por los cuales, en ciertas ocasiones, resulta necesario castigar no sólo el daño sino también el peligro a ese daño<sup>12</sup> -postura que no comparto-.

El derecho penal contemporáneo se ha alejado de la concepción clásica del delito como lesión a un bien jurídico determinado, convirtiéndose en un derecho penal de meros mandatos para penalizar. No queda nada del bien jurídico como criterio axiológico de justificación externa<sup>13</sup>.

Sin perjuicio de los breves planteos que he realizado-en honor a la brevedad y toda vez que exceden mi objetivo-, es un problema actual del derecho penal que no podía dejar de mencionar, toda vez que el tipo penal objeto de este trabajo, no escapa a los conflictos que se plantean respecto de los delitos de peligro<sup>14</sup>.

### **3. Aspecto objetivo. Descripción del tipo penal.**

La apología es la exposición de ideas o doctrinas que defienden el crimen o ensalzan a su autor ante una multitud de personas, por cualquier medio de difusión. Se trata entonces de la alabanza o exaltación de un delito o de su autor, presentándolo como meritorio y digno de aceptación por todos<sup>15</sup>.

La jurisprudencia ha dicho que el obrar consiste en hacer públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito, entendiéndose por “apología” la exaltación, ponderación o elogio, la presentación como meritorio, digno de defensa y aceptación por todos<sup>16</sup>. Con mayor precisión se sostuvo que los elogios de un proceder delictivo sobre hechos ocurridos, justificándolos en su contexto histórico sobre la base de la ineficiencia o imposibilidad de que la justicia pudiera probar y sancionar las conductas delictivas que las víctimas habrían cometido, volcados para su divulgación, configuran el delito de apología del delito<sup>17</sup>.

Concretamente se deben presentar actos criminosos como legales y dignos de encomio de forma pública, provocando una incitación por demás perniciosa, pues la exaltación que comporta, conduce a la confusión del sentido moral del deber y la legalidad en el grupo social determinado al

<sup>12</sup> SOLER, Ob. Cit., p. 698.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p.475.

<sup>14</sup> FIGUEROA, Francisco, publicación citada, cuyas conclusiones comparto.

<sup>15</sup> BAIGÚN, Dadi y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 483.

<sup>16</sup> CFed.CCrr., “V.L.G y otro s/ procesamiento”, sala II, c. 20.336, rta. 29/8/2003.

<sup>17</sup> CFed. CCrr., “A.A.s/ procesamiento”, sala I, rta. 2/12/1998.





que presuntamente se dirige, torciendo su comprensión mediante la justificación aviesa de un delito como meritorio. Indudablemente quienes así publiquen tal calidad de actos, exceden los cánones que la norma determina, pues nada hace razonablemente aceptables tales propósitos<sup>18</sup>.

Con atino Donna<sup>19</sup> afirma que la apología no comprende la defensa, habida cuenta que esto implica la demostración de que una persona no cometió el hecho delictivo, o que el mismo se encontraba justificado de algún modo.

Cuando el artículo 213 del C.P. alude a *delito*, se refiere específicamente a una acción típica, antijurídica, culpable y punible, con un sentido jurídico, excluyendo las contravenciones y faltas.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia y la doctrina se han dividido: una parte opina que se glorifica o venera uno o varios delitos en abstracto (como por ejemplo alabar los homicidios); y por el contrario, otro grupo sostiene que la apología del crimen es una forma indirecta de inducir a él (es decir, que se refiere a un delito determinado -al igual que se requiere para los casos del art. 209 del C.P.-).

Adhiero a la última de las posiciones de mención, y entiendo que debe tratarse de un hecho determinado y concreto; o en términos de Soler, un hecho pasado y declarado delictivo.

Respecto al supuesto de exaltación de un condenado, resulta requisito para la configuración del tipo penal que se trate de una persona determinada con relación a un hecho concreto y que haya sido declarada como tal por sentencia firme<sup>20</sup> (sin importar bajo qué carácter o figura de participación), si bien el texto del artículo no lo prevé en forma expresa.

Por último, la apología debe ser realizada en público y llegar a un número indeterminado de personas. Respecto de ese requisito, en un fallo de la Cámara Federal se sostuvo que no quedaba configurado el delito reprimido por el art. 213 del Código Penal por faltar un elemento del tipo objetivo del delito, cual es, el carácter de público del ámbito en donde se han vertido los términos

<sup>18</sup> CFed. CCorr., “Antonio J.”, sala I, rta. 13/12/1979, LL 1980-C-312 (del voto del Dr. Mántaras).

<sup>19</sup> DONNA, Edgardo A. “Derecho penal, Parte especial”, Tomo II-C, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 357. En igual sentido se manifiesta Molinaro, ver MOLINARIO, Alfredo J., “Los delitos. Act. Por Eduardo Aguirre Obarrio”, Tomo III, Ed. TEA, Buenos Aires, 1999, p.187.

<sup>20</sup> DONNA, Edgardo A. y CREUS, Carlos, ob. cit., p. 358 y 130 respectivamente. También se inclinan por que la sentencia del condenado debe estar firme al momento de la exaltación o alabanza. En ese sentido, cualquier expresión realizada respecto de un simple procesado, queda resguardada bajo la exteriorización de opiniones, es decir, dentro de la libertad de expresión. No cabe la posibilidad de que se encuadre un hecho como apología si la exaltación fue respecto de un “procesado”, toda vez que propongo un derecho penal de mínima intervención.



denunciados, pues quedó probado que se trataba de una cena particular con expresa prohibición de entrada al público<sup>21</sup>.

#### **4. Aspecto subjetivo.**

El delito requiere de un obrar doloso, debiendo abarcar el conocimiento sobre aquello que se exalta o alaba. Corresponde que el autor del hecho punible actúe con discernimiento y voluntad de elogiar públicamente la comisión de un delito (concreto y determinado) o al autor de un hecho delictivo (así declarado por sentencia firme).

En un fallo anteriormente mencionado<sup>22</sup>, el Dr. Mántaras en su voto manifestó *“No constituye la figura del artículo 213 del Código Penal la prédica partidista, por osada que fuere, sino aquella que, indirectamente, comporta dolo por la peligrosa posibilidad de que alguien se sienta movido a producir el hecho elogiado, por el consejo que oblicuamente emana de esa prédica”*.

Por último, la doctrina en su mayoría postula la atipicidad de las figuras culposas.

#### **5. Tensión entre el derecho penal y la libertad de expresión. Análisis de jurisprudencia.**

Ante la tipificación del delito de apología del crimen, no cabe otra posibilidad que pensar en la libertad de expresión y su respaldo constitucional, como un gran obstáculo a atravesar.

Existe una clara tensión entre la tipificación del delito y el derecho a la libertad de expresión.

Nos encontramos entonces de un lado con el derecho penal, y del otro, con el derecho constitucional que resguarda la libertad expresiva. En una vereda, se penan ciertas expresiones (con las características objetivas de tipo analizado), y en la otra, nos encontramos con un derecho que resguarda la expresión pública de manifestaciones, opiniones, ideas.

Intentando realizar un coherente y sistemático análisis, concluyo entonces que la interpretación del art. 213 del C.P. jamás podría implicar un cercenamiento a que los individuos difundan y comuniquen sus ideas (aunque las mismas sean contrarias a los estándares propuestos por la política criminal del Estado).

<sup>21</sup> CNCCorr., “Videla, Jorge R. s/ apología del delito”, sala I, rta. 16/5/1994, CFed.CCcorr., “Verbitsky, H.”, sala I, rta. 10/11/1987, LL 1988-C-247, DJ 988-2-707 y CSJN, “A.A. s/ apología del crimen”, rta. 21/8/2003.

<sup>22</sup> CFed. CCorr., “Antonio J.”, sala I, rta. 13/12/1979, LL 1980-C-312.





Como brevemente expuse en la introducción, la libertad de expresión garantiza el derecho de todo ser humano a comunicar públicamente sus ideales, pensamientos, opiniones, por cualquier medio. Este derecho está resguardado por nuestra Carta Magna cuando establece que todos los individuos que habiten el territorio nacional pueden publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (art. 14) y prohíbe la restricción de la libertad de prensa a través de leyes del Congreso (art. 32)<sup>23</sup>. En esa dirección y continuando con una interpretación dinámica de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, cabe concluir que nuestra Ley Fundamental brinda un resguardo amplio y genérico de la libertad de expresión.

Ahora bien, en la actualidad no es posible sostener que en nuestra Constitución o en los tratados internacionales existan derechos de carácter absoluto. En ese sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia, como principal intérprete de la Constitución, ha sostenido la relatividad de los derechos fundamentales (como la vida, la propiedad, la libertad, entre otros) en infinidad de fallos<sup>24</sup>. La realidad demuestra que ante la colisión de derechos, uno debe ceder.

Frente a esa situación, no se me ocurre otra pregunta más que: “¿Cuál es el límite?”. Y para dar respuesta a mi interrogante, debo recordar las palabras de Roberto Gargarella<sup>25</sup>, quien considera que la limitación a los derechos es una declaración inicial, vaga, tan abstracta que de alguna manera muestra como necesario condenar a tal persona o impedir tal marcha sólo porque los derechos tienen un límite; aunque en realidad nadie de ningún modo ha dicho porqué se debe tomar una decisión tan drástica. Asimismo expresó con atino que para restringir un derecho en pos de resguardar otro (considerando que los derechos tienen un peso extraordinario), los jueces deberían dar una razón muy fuerte para justificar esa remoción. Y claramente afirmó “...dos derechos reclamando por el mismo espacio, peleando por el mismo lugar, y que sólo uno de ellos puede perseverar. Alguno de los dos derechos va a perder. Por algún lado vamos a sangrar, por algún lado vamos a sufrir...”.

<sup>23</sup> De la regulación que realiza la Constitución Nacional, sorpresivamente no existe una protección estricta de la libertad de expresión, sino que se refiere sólo a una forma de expresión relacionada con la prensa. En la actualidad, aquella cuestión se ve “salvada” por la inclusión de los tratados internacionales, dejando el derecho a salvo en todas sus aristas. En este sentido, ver BERTONI, Eduardo, “La libertad de expresión en la Constitución y los riesgos de abrir una “caja de pandora””, publicado en “La Constitución en 2020” Coordinador Roberto Gargarella, Siglo XXI Editores, 2011.

<sup>24</sup> CSJN 199:483; 304:319; 304:1293; 312:318; causa R. 320. XLII. “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria” rta.: 15/3/07; causa D. 346. XXIV. “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus” rta.: 19/10/95; causa A. 891. XLIV. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”; causa H. 90. XXXIV. “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)” rta.: 13/3/01; del dictamen del Procurador General en la causa P.1156, L. XLIII “Pagano, Walter Salvador Dionisio s/causa n° 7737”; entre muchos otros.

<sup>25</sup> GARGARELLA, Roberto, “Carta abierta sobre la intolerancia”, Ed. Siglo XXI Editores Argentina SA, 2006.



Si bien resulta imposible sostener el carácter absoluto, ante un choque de derechos, comparto la sugerencia del especialista y considero que debe resguardarse el derecho que esté más cerca del nervio democrático de la Constitución. Y en esos términos, qué otro derecho podría resultar más cercano que la libertad expresiva.

Lo cierto es que esa libertad de expresión ocupa un lugar preferencial en nuestro ordenamiento y ante la situación de relatividad de los derechos fundamentales (que obviamente la incluye), resulta necesario determinar si la restricción a la libertad de expresión que denota el tipo penal previsto por el art. 213 del C.P. resulta o no legítima, y si entonces esa interpretación resulta compatible con nuestra Constitución.

En virtud de su amplia protección en los tratados internacionales, cualquier cercenamiento o limitación debe ser tomada con gran cautela y con una interpretación restrictiva, para interferir lo menos posible<sup>26</sup>. Es decir, la libertad de expresión debe ser la regla, debiendo tomarse todas las precauciones antes de proceder a su restricción, resguardando así la esencia del derecho y su carácter fundamental.

Sin embargo, en la medida que los derechos humanos no pueden restringirse tan fácilmente, el equilibrio que debe existir entre la libertad de expresión y otros intereses, se tendrá establecer si esas restricciones están permitidas, en qué términos, si son necesarias para preservar un interés legítimo, y si además resultan proporcionadas al daño que se pretende evitar.

En esos términos y con relación a los problemas que se generan respecto al tipo penal que me ocupa, debemos recordar el test creado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, denominado del “*peligro cierto e inminente*”<sup>27</sup>. De acuerdo con los estándares allí establecidos, el Estado podría restringir ciertas formas de expresión –en salvaguarda del derecho amenazado- cuando el discurso esté dirigido a promover en forma inmediata acciones contrarias a la ley, siempre y cuando el discurso pueda razonablemente derivar en ese tipo de acciones. Además la restricción, para ser válida, debe ser impuesta en función de la protección de un interés estatal serio. Las garantías constitucionales de libertad de expresión y de prensa no permiten al Estado prohibir la

<sup>26</sup> Cabe recordar en ese sentido, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “New York Times co. Sullivan”, donde se aceptaron ciertos mensajes políticos “descuidados”, con la sola condición de que no hayan sido vertidos con mala intención, en pos de resguardar la libertad de expresión.

<sup>27</sup> “Brandenburg v. Ohio” (reg. 395 US 444, 1969).



defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando tal defensa está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y es probable que ella incite o produzca tal acción<sup>28</sup>.

La doctrina del “*peligro cierto e inminente*” ha sido receptada por nuestros tribunales en diferentes fallos<sup>29</sup>.

En síntesis y de conformidad con la doctrina comentada, el Estado podría cercenar algunos discursos siempre que ellos generen en forma inmediata y clara una acción contraria a la ley. Por ende, si un discurso no genera la acción contraria, debe ser acaparado por el derecho constitucional, toda vez que no corresponde al Estado (no es su función legítima) decidir qué discursos, ideas, pensamientos u opiniones son aceptables y cuáles no.

De algún modo se intenta limitar el poder punitivo y así surge la doctrina nacional de la “idoneidad” del discurso<sup>30</sup>; que no es otra cosa que la capacidad de la apología para suscitar imitaciones, provocar la comisión de delitos o tender a debilitar la moral de la sociedad, y que los individuos se levanten contra la ley. Aquellos datos deben ser tratados como circunstancias objetivas requeridas para la imputación.

La jurisprudencia norteamericana, a diferencia de la doctrina de la “idoneidad”, intentó poner límites a las expresiones apologéticas orientadas al contexto en donde las expresiones se sitúan como clave de una lesión grave para el orden constitucional y la vida en democracia.

Lo cierto es que ese peligro claro y presente no puede de ningún modo compensar la lesión a la libertad de expresión en el contexto de un sistema democrático. Las reglas expuestas entonces no son claras respecto a cómo las expresiones apologéticas se relacionan o se ligan con violaciones a derechos individuales o colectivos; es decir, cuando esas expresiones tiene una real capacidad para producir una acción ilícita inminente y actual que incite o produzca esa acción.

Nos encontramos entonces frente a un peligro abstracto que, conforme lo expuse precedentemente, nos aleja del derecho penal de mínima intervención; toda vez que la pauta de lesividad se basa en la intencionalidad del autor en producir en otros una acción ilícita inminente.

<sup>28</sup> GULLCO, Hernán V., “Libertad de prensa y derecho penal. La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

<sup>29</sup> CNCCFed., “Caviasca, Martín y otros s/ procesamiento”, Sala I, rta. 3/07/1997 y “Vita, Leonado G. s/ procesamiento”, Sala I, rta. 13/03/2002.

<sup>30</sup> Se tratará el tema de la “ideneidad” al comentar el fallo en el apartado siguiente.



Resulta igualmente desechable la doctrina desde la perspectiva que no puede imputarse al considerado apologista por los hechos que eventualmente podrían generar aquellas personas que creyeron y tomaron como propias las ideas y sus razones, porque entendieron que valía la pena realizarla. No es posible la censura punitiva de algunas expresiones (por ej. opiniones de elogio al aborto), con fundamento en que un individuo o grupo de individuos, con motivo de las manifestaciones apologéticas, adoptó esos puntos de vista y, siguiendo con el ejemplo, realizaron abortos. Entiendo que no existe una base objetiva de imputación para que el orden público pueda verse en peligro por una expresión considerada primigeniamente como apologética.

Sin perjuicio de las críticas esbozadas, la doctrina del peligro claro e inminente, en mi opinión, únicamente podría ser utilizada como fundamento para limitar la libertad de expresión y resguardar el bien jurídico protegido (orden público), cuando el discurso se expresa en un contexto de fragilidad institucional, en virtud de que en esa situación, las ideas expresadas no pueden ser discutidas, evaluadas, y analizadas por el resto de los individuos. En esos casos podría estar justificada teniendo en cuenta que el mal es realmente inminente y real, y que no genera tiempo razonable para su abierta discusión.

Cabe afirmar entonces que **únicamente podría limitarse la libertad de expresión, sin perjuicio de las expresas restricciones que surgen de los tratados de derecho internacional<sup>31</sup>, si el propio derecho fundamental se encuentra en riesgo.**

Por lo expuesto, entiendo que la actual redacción del art. 213 del C.P. provoca una confrontación –insalvable- con la Constitución Nacional y los tratados de derecho internacional en cuanto a la protección de la libertad de expresión -como derecho de carácter fundamental -, que deriva *a prima facie* en la inconstitucionalidad de la figura de la apología del crimen.

Si bien es cierto que hasta el momento no se ha declarado la inconstitucionalidad del artículo de mención (sin perjuicio del reiterado triunfo de la libertad de expresión en los fallos que trataron la cuestión), en la medida en que no se logre probar que efectivamente se lesionó a un tercero, al orden público, o se logre determinar el peligro concreto al que fue sometido el bien jurídico tutelado, o se demuestre que el propio derecho a la libertad de expresión se encuentra en peligro; no cabe otra

<sup>31</sup> Como por ejemplo, los discursos de odio, discriminación racial, religiosa, sexual, etc. (conf. lo establece el art. 13, inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los arts. 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).



posibilidad (habiendo intentado a lo largo de la investigación mantener su vigencia) que postular su inconstitucionalidad.

Por último y arriesgando un poco más, me parece adecuado recordar los fundamentos brindados por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal (Anteproyecto de Reforma del año 2006)<sup>32</sup> y que llevaron a proponer la derogación del artículo que prevé el delito de apología del crimen.

En la parte introductoria del Anteproyecto se pronunció que el Estado, en su posición de garante de la Constitución Nacional, debe garantizar la protección de todos los derechos, debiendo predicar su respeto y custodia. En esos términos, postula un proyecto de Código Penal respetuoso de los derechos humanos y de todos aquellos que surgen de nuestra Carta Magna, como así también de los tratados internacionales, para lograr así la paz social. Concretamente con relación a la parte especial, la Comisión refirió que los artículos del código de fondo debían reflejar las valoraciones propuestas por los pactos internacionales, tutelando los bienes jurídicos allí reconocidos. Por último y concretamente como fundamento para derogar ciertos artículos, el nuevo código despenaliza conductas que conforme las valoraciones y pautas sociales actuales no justifican un reproche penal. Es decir entonces que se procuraba una adecuación de la ley interna a los compromisos asumidos internacionalmente.

Con todos esos fundamentos, destacando el contenido de los tratados internacionales y los derechos que allí se protegen, finalmente la Comisión postuló la supresión de la figura de apología del crimen del Código Penal de la Nación.

## **6. Comentario al fallo “PONCE, Enrique s/ apología del crimen”.**

En febrero de 1996 se presentó ante el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 12, a cargo del Dr. Raúl García, una denuncia contra los autores de un video musical, en el que se hacían manifestaciones de admiración, elogio y reconocimiento de José Mario Ferreyra (“Malevo”), un ex jefe de policía de la provincia de Tucumán, que se encontraba cumpliendo condena por haber sido autor de tres homicidios agravados por alevosía.

<sup>32</sup> Resoluciones M.J. y D.H. n° 303/04 y 136/05.



En esos términos, se presentó la misma considerando que la obra musical (tanto la letra como sus imágenes) constituía apología de un condenado por delito.

En el antecedente se hizo un análisis de la relación entre la apología del crimen, el ejercicio de la libertad de expresión y la cultura. Además se consideró al principio de la idoneidad como el recurso más confiable para ponderar el peligro de lesión del bien jurídico que se afecta en el injusto que prevé el art. 213 del C.P.

El fallo intentó establecer una parámetros ciertos del peligro que requiere la apología cuando se expresa por medio del ejercicio de la libertad de expresión de ideas.

El contenido de la canción tildada de apologética tenía pasajes que mostraban a un personaje de los tiempos del malaje, de látigo y cuchillo; y el video exponía imágenes de un hombre fuerte, que llevaba un sombrero panamá, pañuelo en el cuello y pistola en la cintura. Era una expresión artística algo burlesca, con características que hacían al personaje algo ridículo y hasta vulgar.

Lo cierto es que las manifestaciones –aún cuando ellas sean consideradas como apología– realizadas a través de una obra de arte, ejerciendo el derecho de libertad de expresión de ideas, inhibe al Estado para censurarla; no puede ni debe hacer de la cultura una expresión artística oficial, toda vez que en el caso de interferir, estaría degradando la libertad cultural.

La interferencia a las expresiones culturales no debe producirse, incluso si se considera que la obra de arte es de baja calidad, ya que no puede utilizarse como fundamento para la restricción. Para calificar al arte como bueno o malo se requiere justamente que surja de la crítica cultural totalmente libre de coacciones. El arte bueno y malo no es materia sobre la cual la autoridad pueda dar órdenes y menos censurarla en razón de la pretendida tutela del orden público.

El artista elige libremente sus temas y estilos en el arte que realiza (sea en canciones, poemas, o ciencia), y constituye un derecho que el propio autor de la obra puede considerar como inalienable. Las manifestaciones de cultura, por elementales y pobres que fueran, son un fin en sí mismo que benefician el progreso personal, social, la búsqueda de la verdad y la perfección de un estilo cultural. El poder punitivo no puede restringir esa libertad bajo el pretexto de una lesión al sentimiento común o por resultar una mera provocación a la estabilidad social (conforme lo dictaminado por el Sr. Fiscal de la causa, Dr. Alejandro Alagia).





En definitiva, no interesa si la obra de arte o la expresión artística es calificada como excelente, buena, regular, o mala, lo que importa es que no puede ser cercenada.

Así el Dr. García, en el fallo comentado, sin merituar el valor artístico de la obra en cuestión, aunque lo identificó como de dudoso gusto y calidad, se avocó únicamente a juzgar si las manifestaciones realizadas en la canción y las imágenes del video encuadraban en el tipo penal previsto por el art. 213 del C.P.

Describió que *“el quehacer de los imputados lejos estuvo de tratar de lograr en la población en general que el “ejemplo” dado por el sujeto tristemente conocido como “Malevo” Ferreyra sea imitado por todos”*. Si bien dejó bien en claro que la obra de arte no era de su agrado, tildándola como una forma poco feliz de manifestarse artísticamente, recalcó que no resultaba apologética.

Además opinó que la proyección del video en cuestión no generaría una avalancha de “Malevos”, que imiten los comportamientos adoptados por el condenado; incluso recordó que las imágenes que en su oportunidad circulaban por los medios siempre fueron desaprobadas por la sociedad.

Concluyó que el espíritu del legislador, al incluir como delito la apología del crimen, jamás buscaría penar una obra intelectual plasmada a través de un hecho artístico.

Finalmente y con los fundamentos mencionados, se desestimó la denuncia por inexistencia de delito (conforme lo establecido por el art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación), en forma concordante con el dictamen fiscal.

En definitiva, ante el antecedente comentado, cabe destacar que cualquier expresión de tinte artístico (literatura, música, baile, fotografía, entre muchos otros) se encuentra protegida, toda vez que son mucho más que formas que asume la expresión de las ideas.

Si bien es cierto que la actividad cultural muchas veces puede confundirse por su contenido con un mensaje político y/o religioso, todos deben ser debidamente protegidos en pos de resguardar el “superderecho” -como lo considera Roberto Gargarella- de la libertad expresiva.

Con relación a esta cuestión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestarse sobre la pertinencia de los mensajes de contenidos literarios o artísticos como parte de la libertad protegida en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese pasaje se protege no sólo la sustancia de las ideas sino también en la forma en que las mismas se transmiten.



En ese caso, si bien la Corte dejó en claro el contenido político de los poemas objeto de controversia, de igual modo, consideró que la obra literaria debía ser tomada como tal e incluso se recalcó la idea de “prerrogativas de los poetas”<sup>33</sup>.

También lo hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>34</sup> y alegó en forma explícita que el objeto de la libertad de expresión es proteger y fomentar el derecho a la información, ideas y expresiones “artísticas” de toda índole. Ese deber de no interferencia se debe extender a todo tipo de circulación de información y a la exhibición de obras artísticas, las que eventualmente pueden no tener la aquiescencia de quienes representan la autoridad estatal. En ese mismo caso y en los alegatos, Chile sostuvo que la libre expresión y las creaciones culturales resultan ser esenciales para una sociedad de hombres libres, dispuestos a encontrar la verdad a través de la discusión de las ideas, y no mediante la censura.

## 7. Conclusiones

Con estas reflexiones, cabe concluir que la libertad de expresión es un derecho de carácter preferencial, ampliamente resguardado. Tan importante resulta su protección, que los problemas que se generan en su órbita son también de gran transcendencia.

No sólo nos importa su protección por su fundamento individual, sino que resulta de real importancia toda vez que involucra a la sociedad en su conjunto, y porque las transformaciones científicas y artísticas que han surgido, provocan una ampliación antes inimaginada del derecho de la libertad de expresión.

En el marco de una sociedad democrática, el debido ejercicio de la libertad expresiva constituye uno de los motivos de orgullo más legítimos de todos los miembros de esa sociedad, permitiendo la difusión de las diferentes ideas, pensamientos y opiniones –incluso aquellas que podrían resultar contrarias a la generalidad-.

Es cierto que la libertad de expresión es un valor esencial que no pierde vigencia –incluso a lo largo de la historia se ha ampliado su protección-, aunque la lucha para lograr su preservación debe realizarse día a día, con el fin de sostener uno de los pilares de una sociedad abierta y tolerante.

<sup>33</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, “Karatas v. Turkey”, rta. 8/06/1999.

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos v. Chile)”, rta. 5/02/2001.



---

En ese sentido, más allá del avance, restan muchas cosas por hacer para lograr que nadie nos diga lo que debemos o no decir, expresar, leer, escuchar, opinar o pensar. Y en los casos en que surgen limitaciones –o nuevas formas de censura-, no cabe otra posibilidad que recordar que **el derecho a la libertad de expresión tiene un lugar fundamental y resulta ser la piedra angular de una sociedad democrática** –conforme lo ha sostenido la Corte Interamericana en varios de sus antecedentes-.



## BIBLIOGRAFÍA

**ALAGIA**, Alejandro, *Apología y Arte (alto o bajo)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, Número 8 “B”, Ed. Ad-Hoc.

**BAIGÚN**, David y **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 9. Artículos 200/236. Parte Especial, Ed. Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2010.

**BERTONI**, Eduardo A.- **BOVINO**, Alberto – **GUARIGLIA**, Fabricio – **GULLCO**, Hernán V., *Libertad de prensa y derecho penal*, ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997.

**BERTONI**, Eduardo A. *Libertad de expresión en el estado de derecho*, 2º edición actualizada, Ed. Del Puerto, 2008.

**BERTONI**, Eduardo A., *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, 1º Edición, Universidad de Palermo - UP, Buenos Aires, 2010.

**BIANCHI**, Enrique Tomás – **GULLCO**, Hernán Víctor, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, Librería editora platense, La Plata, 1997.

**BINDER**, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

**BOUMPADRE**, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

**CAFFERATA NORES**, José I., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1994.

**CARRARA**, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Vol. I, Ed. EJE. Edición 11va., Buenos Aires, 1944

**CREUS**, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Ed. Astrea, 6ta. Edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, 1998.

**DONNA**, Edgardo A. “Derecho penal, Parte especial”, Tomo II-C, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.

**FERRAJOLI**, Luigi, *Democracia y garantismo*, ed. Trotta, Madrid, 2008.

**FERRAJOLI**, Luigi, *Derecho y razón*, ed. Trotta, Madrid, 6ª. Edición, 2006.



**FERREIRA**, Marcelo, *Derecho a la Libre Expresión*, en AA.VV. Derechos Humanos, dirigida por Agustín Gordillo, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1990.

**FERREYRA**, Raúl Gustavo, *La Constitución Vulnerable*, ed. Hammurabi, 2002, pág. 46.

**FERREYRA**, Raúl Gustavo, *Tensión entre principios constitucionales...*, Lecciones y Ensayos, 2002-77, Facultad de Derecho UBA- Lexis Nexis.

**FISS**, Owen M., *La ironía de la libertad de expresión*, ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

**FISS**, Owen M., *Libertad de expresión y estructura social*, Distribución Fontamara SA, México, 1997.

**FONTÁN BALESTRA**, Carlos, *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

**GARCÍA-PABLOS DE MOLINA**, *El derecho como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad*, Estudios Penales.

**GARGARELLA**, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

**GARGARELLA**, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

**GARGARELLA**, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia (apuntes sobre derecho y protesta)*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

**GELLI**, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Tercera Edición ampliada y actualizada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

**NÚÑEZ**, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Vol. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992.

**ROXIN**, Claus “*Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*”, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

**SABSAY**, Daniel A. y **MANILI**, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo I. Artículos 1/35. Preámbulo, Declaraciones, derechos y garantías, Ed. Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2009.

**SOLER**, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1992.

**VON HIRSCH**, Andrew, *Censurar y castigar*, ed. Trotta, Madrid, 1998.

**ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, **ALAGIA**, Alejandro y **SLOKAR**, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 2008.



---

**ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, *El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social*, JA, 2002-IV, fascículo 7.

**ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires. 2009,