

Poder Judicial de la Nación

° Causa N° 1962 /09 “K., D. G. s/ desestimación”

Int. Sala IV

C. 13–79 (24.877 – 42.835/09)

///nos Aires, 1° de febrero de 2010.-

AUTOS Y VISTOS:

Corresponde al tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 14/15 vta. por la parte querellante contra el punto II del auto obrante a fs. 11/13 que desestimó la querrela incoada contra D. G. K. en orden a los delitos de calumnias e injurias.-

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 26.374) concurrió el acusador particular, A. M. E., junto con su letrado patrocinante, Dr. Carlos Waiter, a mantener los agravios esgrimidos en el escrito de apelación, a los que hizo expresa referencia.-

Concluido el acto, el tribunal deliberó conforme los términos establecidos por el artículo 455 del citado ordenamiento legal.-

Y CONSIDERANDO:

El juez Julio Marcelo Lucini dijo:

La reciente reforma legislativa de los tipos penales de calumnias e injurias promulgada el 26 de noviembre de 2009 ha modificado y restringido los supuestos abarcados por los artículos 109 y 110 del Código Penal, consignándose que en ningún caso configurararán delito “...*las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*” y “...*tampoco (...) los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público*” (confr. artículos 1° y 2° de la ley 26.551).-

Si bien esta norma no se hallaba vigente al momento de los sucesos denunciados, debe aplicarse retroactivamente ya que se trata de una ley más benigna (artículo 2° del Código Penal). Al respecto, señalo que la regla general es la irretroactividad de la ley penal, en atención al principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional): ningún habitante de la

Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.-

Su excepción en el derecho penal, donde rige la tesis de la irretroactividad relativa, se verifica cuando la nueva ley al momento del fallo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando normas cuya existencia ha dejado de ser necesaria. En síntesis, la ley posterior se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones son más beneficiosas (Andrés Jorge D'Alessio -director-, Mauro Divito -coordinador-, *Código Penal Comentado y Anotado*. Parte General, artículos 1 a 78 bis. Ed. La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2005, págs. 23/24 y artículo 2º del C.P.N.).-

Por ello, en atención a la novedad aludida, la conducta que habría desplegado el encausado no configura una acción típica, a la luz de la nueva legislación que rige en la materia, toda vez que los comentarios presuntamente lesivos del querellante, vinculados a su desempeño como director del Hospital (...), resultan actividades que constituyen asuntos de interés público.-

En igual sentido y con antelación a la modificación legal operada, se ha expedido la Corte Interamericana en el fallo “*Kimel*” de fecha 2 de mayo de 2008. En aquél caso se encontraban en juego los derechos a la libertad de expresión y al honor presuntamente violado, habiéndose la Sala Sexta expedido sobre la diferencia al interpretar el contenido de aquél ya que “el injuriante sea un particular” o la ofensa tenga origen en la prensa o los medios de difusión (ver causas N° 37.934, “*Obarrio, Beatriz*”, rta. 14/9/09 y N° 37.989, “*Marcucci, Walter*”, rta. 21/9/09). Señalo que debe atenderse a los postulados del pronunciamiento mencionado desde la fecha en que fue dictado por el Tribunal internacional encargado de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75, inc. 22).-

En lo que para este caso nos interesa, se expuso en el fallo citado: “*respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad*

Poder Judicial de la Nación

° Causa N° 1962 /09 “K., D. G. s/ desestimación”

Int. Sala IV

C. 13–79 (24.877 – 42.835/09)

USO OFICIAL

de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza...” y se agregó que “en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquéllas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas” (párrafos 86 y 88 de la sentencia mencionada, el destacado me pertenece). Sentencia esta que fue disparador de la reforma al cuerpo sustantivo referida mas arriba. Por ende su contenido se impone al momento de la interpretación judicial (artículo 3° del Código Civil).-

De este modo, se impone equiparar a la figura de trascendencia pública con la de un funcionario estatal –con el diferente “umbral” de protección aludido– en razón de la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos* 314: 1517, “*Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de La Urraca S.A.*”, de fecha 19 de noviembre de 1991, las distintas sentencias de la Cámara Nacional Civil (Sala F, “*Hay, Aníbal Guillermo v. Cutuli, Carlos A. y otros s/ daños y perjuicios*”, rta. 23/2/98, Sala D, “*B., R.A. c/ P., M. y otros*”, rta. 07/3/05) y de la Suprema Corte de Justicia de la

Provincia de Mendoza, Sala I, “*Díaz, Peralta, Joaquín*” del 18 de septiembre de 2003 donde se señaló que “*la protección del honor de las personalidades públicas se atenúa respecto a la que se brinda a los simples particulares porque (...) las personas públicas tiene[n] un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones*”.-

En ese entendimiento, el acusador privado estaba sometido a cuestionamientos y críticas que pueden agraviar su honor, pero al ser una “figura pública” la entidad y gravedad de las manifestaciones deben poseer una mayor aptitud ofensiva que las descritas en el escrito promotor de la causa para ser consideradas injurias en el sentido del Código Penal (ver *mutatis mutandi* de la Sala Sexta, causa N° 37.539, “*Címbaro, Silvia*”, rta. 2/7/09 y, ya con el nuevo texto legal, causa N° 38.436, “*F. G. s/ inc. falta de acción*”, rta.: 21/12/09), máxime cuando, tal como se dijo en párrafos anteriores, en este caso se estaría frente a cuestiones de interés público, de manera que se excluyen los tipos penales de calumnias e injurias.-

Además, nuestro más alto Tribunal ha sostenido que “*...la investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes*” (del voto de la mayoría en la causa B.2522. XLI., Recurso de hecho, “*Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros*”, rta. 16/11/09, considerando 9°, párrafo 3°).-

En virtud de lo expuesto, la conducta que habría desplegado D. G. K. resulta hoy atípica y por tanto se impone homologar la decisión puesta en crisis.-

El juez Carlos A. González dijo:

En principio, voy a coincidir con las consideraciones del distinguido colega que me precediera en la votación en lo referente a que la perspectiva de análisis de la conducta atribuida al imputado debe dirigirse a la nueva normativa en materia de calumnias e injurias introducida por ley 26.551, por estricta aplicación del principio sentado en el artículo 2 del código

Poder Judicial de la Nación

° Causa N° 1962 /09 “K., D. G. s/ desestimación”

Int. Sala IV

C. 13-79 (24.877 – 42.835/09)

sustantivo. En tal sentido, hago míos los argumentos del vocal preopinante que atañen a este punto.-

También concuerdo con éste en cuanto estima que las expresiones adjudicadas al querellado y que habrían lesionado el honor del acusador particular impulsándolo a entablar esta querrela resultan actualmente atípicas, por las razones que seguidamente paso a exponer.-

La juez de grado, así como el colega preopinante, han invocado un precedente en el cual tuve ocasión de pronunciar el primer voto de la originaria sentencia que absolviera por unanimidad al imputado¹. En dicho proceso se había presentado una situación bastante similar a los supuestos que la reciente norma ha consagrado como casos de atipicidad al reformar parcialmente el Título II del Código Penal. Aun cuando la esencia de esa querrela criminal se relacionaba con las opiniones vertidas por un periodista contra un funcionario judicial, creo de utilidad evocar algunos conceptos allí vertidos por su estrecha vinculación con el tema que hoy nos ocupa. Así, cabe recordar que en el fallo de la anterior instancia recurrido en dicha oportunidad ante esta Cámara, se interpretó que el periodista enjuiciado no se había limitado sólo a informar, sino también a emitir su opinión sobre los hechos en general y la actuación funcional del magistrado que revestía la calidad de querellante. No compartiendo tal criterio, consideré allí que “...*lo importante es determinar si esta opinión produce resultados desdorosos sobre terceros...porque de no ser así, estaría sólo al servicio del esclarecimiento y orientación al lector sobre un tema de interés público, siempre y cuando haya sido vertida con responsabilidad profesional y con conciencia de la veracidad de sus afirmaciones...*”.-

USO OFICIAL

¹ C. N° 27.472 “Kimel, Eduardo G. por injurias”, rta. el 19 de noviembre de 1996 por la Sala VI de esta Cámara que para esa época integraba; fallo que luego fuera revocado por el Superior (CSJN) el 22 de diciembre de 1998.-

Ahora bien, aunque mi referida intervención fue concretada en otro contexto legislativo –el entonces vigente por ley 23.077, donde no existían casos de atipicidad, sino sólo los de exención de punibilidad en los tres supuestos de la *exceptio veritatis* contemplada en el anterior artículo 111– creo que el criterio recobra actualidad para abonar ahora mi decisión, pues coincide de algún modo con las dos situaciones atípicas que consagran los nuevos artículos 109 y 110 en virtud de la reforma introducida al código sustantivo por la reciente ley 26.551.-

En los flamantes preceptos se desecha categóricamente la configuración de los delitos de calumnias e injurias cuando las expresiones atribuidas al acusado se refieran a asuntos de interés público o no sean asertivas. Creo que en la descripción del hecho que motiva este expediente y por el que se querella en autos, puede advertirse palmariamente la primera de estas situaciones, pues se vincula con los dichos vertidos por un legislador de la Ciudad de Buenos Aires para criticar –si bien con fuertes expresiones– la designación de un funcionario público en la misma órbita estatal. Se pronuncia de tal modo por medio de manifestaciones vertidas en un reportaje periodístico, acudiendo a un pretérito desempeño del querellante vinculado con presuntas irregularidades que motivaran una investigación judicial y donde, en definitiva, se lo sobreyera sin haber sido siquiera citado a prestar declaración, conforme dichos del propio acusador y copia de la resolución liberatoria que fuera aportada con la documentación reservada en autos.-

En esta dirección cabe interpretar entonces que el sindicado vertió expresiones acerca de un asunto de interés público, desde que se trata de su concepto referente al desenvolvimiento profesional del querellante en la órbita de un organismo dependiente de la comuna metropolitana, lo que las excluye del marco típico delineado para las figuras de calumnias e injurias actualmente en vigencia. No incide, al menos en la esfera del derecho penal, que la actuación de quien se considera agraviado haya sido materia de un pronunciamiento judicial que la considerara lícita, pues la crítica del reprochado, aun con los ácidos y mordaces ribetes que parece presentar no encuadra hoy, en razón de lo expuesto, dentro de la adecuación típica en las

Poder Judicial de la Nación

° Causa N° 1962 /09 “K., D. G. s/ desestimación”

Int. Sala IV

C. 13–79 (24.877 – 42.835/09)

USO OFICIAL

que se ha pretendido insertárselas. Por el contrario, la prohibición expresa de criminalización que consagran las normas contenidas en los reformados artículos 109 y 110 veda la persecución penal por manifestaciones de las características enunciadas cuando guardan relación con un asunto de interés público, como es el caso. Tampoco importa –en este contexto de atipicidad– reeditar la antigua discusión de los fueros parlamentarios a que promueve la parte agraviada, es decir, que el imputado haya proferido las especies fuera del ámbito de la legislatura o del ejercicio de su cargo. Lo que sí debe ser centro de la cuestión es la voluntad del legislador al modificar parcialmente el título II del Código Penal, pues el bien jurídico sigue consagrado penalmente, pero de las constancias del tratamiento parlamentario en la H. Cámara de Diputados de la Nación, surge que la discusión acerca del alcance actual de su protección estatal desembocó finalmente en la premisa “...*el injuriar o calumniar en asuntos de interés público nunca pueden constituir un delito.*” (conf. versión taquigráfica provisoria, Reunión 14^a, 8^a Sesión ordinaria - 28 de octubre de 2009).-

Entiendo que sólo resta definir seguidamente el concepto de “interés público” y es vasta la doctrina autorizada que se ha ocupado del tema. Por ello, habré de seleccionar las opiniones que, en mi criterio, sintetizan la naturaleza de esta debatida cuestión. De Luca ha dicho que “...*Debe trazarse una distinción en las ofensas entre sujetos privados y las de interés general...Las comprobaciones criminológicas sobre el funcionamiento del sistema penal pueden ser aplicadas solamente a los casos donde la expresión enjuiciada supera el conflicto interpersonal y se inscribe en un marco que interesa a los demás miembros de la comunidad (p.ej., nos interesa conocer si un funcionario o candidato es honorable)*...[“*Libertad de prensa y delitos contra el honor: delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*”, 1a. edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 53]. Por su parte Julio César Rivera

(h) estima –luego de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, de tribunales extranjeros y otros inferiores– que “...*aun cuando el que habla o escribe esté motivado por odio o mala voluntad, su expresión está protegida por la libertad de expresión, cuando se trata de cuestiones de interés público [...] ...cabe señalar que tanto el funcionario público como la figura pública (vinculada a una cuestión de interés público) asumen voluntariamente una posición en donde se encuentran más expuestos a la crítica y a los ataques. No se puede ejercer un trabajo que implica la adopción de decisiones relacionadas con el bienestar de la sociedad y que afectan a...todos o gran parte de los ciudadanos y al mismo tiempo pretender estar exento de críticas y ataques por parte de aquellas personas que no están de acuerdo con las decisiones tomadas...* [Rivera (h), Julio César, “El derecho de crítica en cuestiones de interés público y el delito de injurias”, publicado en La Ley Litoral, 01/01/2002, 1268]. Por último, un reciente artículo jurídico dirigido a examinar los alcances de la reforma concluye en que “...*La importancia de la descriminalización de las expresiones sobre asuntos de **interés público** obedece al peligro del cercenamiento del debate político con las consecuencias desfavorables que ello acarrea para el sistema democrático, en la necesidad de evitar la inhibición de la expresión por temor a secuelas desfavorables (autocensura). En temas de trascendencia **pública**, es necesario que salgan a la luz todos los hechos y opiniones posibles para que el pueblo pueda formarse su propia opinión al respecto...*” (Gil Lavedra, Ricardo – Cano, Alicia, “Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551”, La Ley, Buenos Aires, 07/12/2009, p.1).-

Creo entonces que el interés público está vinculado con el buen funcionamiento del sistema democrático, el respeto a los principios y reglas de un estado de derecho, las garantías de los derechos individuales y colectivos, la intervención del ciudadano en los asuntos del quehacer público, y todo otro tema análogo que se relacione con estos tópicos. A ello parece haber atendido el legislador para limitar la censura en los asuntos que revisten estas particularidades, como lo es el supuesto bajo análisis en estas actuaciones.-

Poder Judicial de la Nación

° Causa N° 1962 /09 “K., D. G. s/ desestimación”

Int. Sala IV

C. 13–79 (24.877 – 42.835/09)

En síntesis, como ya lo apuntara precedentemente, la nueva normativa consagra una prohibición expresa de criminalización para las conductas objetivamente ofensivas del honor cuando éstas se manifiesten con los fines y las formas especificadas en los reformados artículos 109 y 110 de la ley de fondo, sin perjuicio de las acciones que pueda intentar, quien se considera ofendido, en otra sede judicial.-

Con estas consideraciones, adhiero entonces a la solución propuesta por mi colega en el voto precedente.-

Por todo lo expuesto, el tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el auto decisorio obrante a fs. 11/13 en todo cuanto fuera materia de recurso.

Devuélvase al Juzgado de origen donde deberán practicarse las notificaciones correspondientes y sirva lo proveído de muy atenta nota de envío. Se deja constancia que el Dr. Julio Marcelo Lucini integra el tribunal por disposición de la Presidencia de esta Cámara del 17 de abril de 2008 y que el Dr. A. Seijas no suscribe la presente por no haber presenciado la audiencia fijada en los términos del artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación.

USO OFICIAL

Carlos A. González

Julio Marcelo Lucini

Ante mi:

Gisela Morillo Guglielmi
Secretaria de Cámara