



— REPUBLICA ARGENTINA —

# DIARIO DE SESIONES

## CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION

---

**14ª REUNION – 8ª SESION ORDINARIA**  
**OCTUBRE 28 DE 2009**

**PERIODO 127º**

---

**Presidencia de los señores diputados**  
**Eduardo A. Fellner**  
**y Patricia Vaca Narvaja**

**Secretarios:**

Doctor **Enrique R. Hidalgo**,  
doctor **Ricardo J. Vázquez**  
y don **Jorge A. Ocampos**

**Prosecretarios:**

Doña **Marta A. Luchetta**,  
doctor **Andrés D. Eleit**  
e ingeniero **Eduardo Santín**



## DIPUTADOS PRESENTES:

ACOSTA, María Julia  
 ACUÑA KUNZ, Juan Erwin Bolívar  
 ACUÑA, Hugo Rodolfo  
 AGOSTO, Walter Alfredo  
 AGUAD, Oscar Raúl  
 ALBARRACÍN, Jorge Luis  
 ALBRISI, César Alfredo  
 ALCUAZ, Horacio Alberto  
 ALVARO, Héctor Jorge  
 AMENTA, Marcelo Eduardo  
 ARBO, José Ameghino  
 ARDID, Mario Rolando  
 ARETA, María Josefa  
 ARGÜELLO, Octavio  
 ARRIAGA, Julio Esteban  
 AUGSBURGER, Silvia  
 AZCOITI, Pedro José  
 BALDATA, Griselda Ángela  
 BARRIOS, Miguel Ángel  
 BARTOLUCCI, Gilda Liliana  
 BASTEIRO, Sergio Ariel  
 BEDANO, Nora Esther  
 BELOUS, Nélida  
 BENAS, Verónica Claudia  
 BERNAZZA, Claudia Alicia  
 BERRAUTE, Ana  
 BERTOL, Paula María  
 BERTONE, Rosana Andrea  
 BEVERAGGI, Margarita Beatriz  
 BIANCHI SILVESTRE, Marcela A.  
 BIANCO, Lía Fabiola  
 BIDEGAIN, Gloria  
 BISUTTI, Delia Beatriz  
 BRILLO, José Ricardo  
 BRUE, Daniel Agustín  
 BULLRICH, Esteban José  
 BULLRICH, Patricia  
 BURZACO, Eugenio  
 CALCHAQUÍ, Mariel Adela  
 CALZA, Nelio Higinio  
 CAMAÑO, Graciela  
 CANELA, Susana Mercedes  
 CANTERO GUTIÉRREZ, Alberto  
 CARCA, Elisa Beatriz  
 CARLOTTO, Remo Gerardo  
 CARMONA, María Araceli  
 CASELLES, Graciela María  
 CASTALDO, Norah Susana  
 CEJAS, Jorge Alberto  
 CÉSAR, Nora Noemí  
 CHIQUICHANO, Rosa Laudelina  
 CIGOGNA, Luis Francisco Jorge  
 COLLANTES, Genaro Aurelio  
 COMELLI, Alicia Marcela  
 CONTI, Diana Beatriz  
 CÓRDOBA, José Manuel  
 CÓRDOBA, Stella Maris  
 CORTINA, Roy  
 CREMER DE BUSTI, María Cristina  
 CUCCOVILLO, Ricardo Oscar  
 CUEVAS, Hugo Oscar  
 CUSINATO, Gustavo  
 DAHER, Zulema Beatriz  
 DALLA FONTANA, Ariel Raúl A.  
 DAMILANO GRIVARELLO, Viviana M.  
 DATO, Alfredo Carlos  
 DE LA ROSA, María Graciela  
 DE MARCHI, Omar Bruno  
 DE NARVÁEZ, Francisco  
 DEL CAMPILLO, Héctor Eduardo  
 DEPETRI, Edgardo Fernando

DI TULLIO, Juliana  
 DÍAZ BANCALARI, José María  
 DÍAZ ROIG, Juan Carlos  
 DÍAZ, Susana Eladia  
 DIEZ, María Inés  
 DONDA PÉREZ, Victoria Analía  
 DOVENA, Miguel Dante  
 ERRO, Norberto Pedro  
 FABRIS, Luciano Rafael  
 FADEL, Patricia Susana  
 FEIN, Mónica Haydé  
 FELLNER, Eduardo Alfredo  
 FERNÁNDEZ BASUALDO, Luis María  
 FERNÁNDEZ, Marcelo Omar  
 FERRÁ DE BARTOL, Margarita  
 FERRO, Francisco José  
 FIOL, Paulina Esther  
 FLORES, Héctor  
 GALANTINI, Eduardo Leonel  
 GALVALISI, Luis Alberto  
 GARCÍA DE MORENO, Eva  
 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio Arturo  
 GARCÍA, Irma Adriana  
 GARCÍA, Susana Rosa  
 GARDELLA, Patricia Susana  
 GENEM, Amanda Susana  
 GEREZ, Elda Ramona  
 GIANNETTASIO, Graciela María  
 GIL LOZANO, Claudia Fernanda  
 GINZBURG, Nora Raquel  
 GIOJA, Juan Carlos  
 GIUBERGIA, Miguel Ángel  
 GIUDICI, Silvana Myriam  
 GODOY, Ruperto Eduardo  
 GONZÁLEZ, María América  
 GORBACZ, Leonardo Ariel  
 GRIBAUDO, Christian Alejandro  
 GULLO, Juan Carlos Dante  
 GUTIÉRREZ, Graciela Beatriz  
 HEREDIA, Arturo Miguel  
 HERRERA, Alberto  
 HERRERA, Griselda Noemí  
 HERRERA, José Alberto  
 HOTTON, Cynthia Liliana  
 IBARRA, Vilma Lidia  
 ILARREGUI, Luis Alfredo  
 IRRAZÁBAL, Juan Manuel  
 ITURRIETA, Miguel Ángel  
 KATZ, Daniel  
 KENNY, Eduardo Enrique Federico  
 KORENFELD, Beatriz Liliana  
 KRONEBERGER, Daniel Ricardo  
 KUNKEL, Carlos Miguel  
 LANCETA, Rubén Orfel  
 LANDAU, Jorge Alberto  
 LEDESMA, Julio Rubén  
 LEGUIZAMÓN, María Laura  
 LENZ, María Beatriz  
 LEVERBERG, Stella Maris  
 LINARES, María Virginia  
 LLANOS, Edith Olga  
 LLERA, Timoteo  
 LÓPEZ ARIAS, Marcelo Eduardo  
 LÓPEZ, Ernesto Segundo  
 LORENZO BOROCOTÓ, Eduardo  
 LORGES, Juan Carlos  
 LUNA DE MARCOS, Ana Zulema  
 MACALUSE, Eduardo Gabriel  
 MARCONATO, Gustavo Ángel  
 MARTIARENA, Mario Humberto  
 MARTIN, María Elena  
 MARTÍNEZ GARBINO, Emilio Raúl

MARTÍNEZ ODDONE, Heriberto A.  
 MERCHÁN, Paula Cecilia  
 MERLO, Mario Raúl  
 MONTERO, Laura Gisela  
 MONTOYA, Jorge Luciano  
 MORÁN, Juan Carlos  
 MORANDINI, Norma Elena  
 MORANTE, Antonio Arnaldo María  
 MOREJÓN, Manuel Amor  
 MORENO, Carlos Julio  
 MORGADO, Claudio Marcelo  
 MORINI, Pedro Juan  
 NAÍM, Lidia Lucía  
 OBIGLIO, Julián Martín  
 OLIVA, Cristian Rodolfo  
 OSORIO, Marta Lucía  
 PAIS, Juan Mario  
 PAREDES URQUIZA, Alberto Nicolás  
 PAROLI, Raúl Omar  
 PASINI, Ariel Osvaldo Eloy  
 PASTORIZA, Mirta Ameliana  
 PERALTA, Fabián Francisco  
 PEREYRA, Guillermo Antonio  
 PÉREZ, Adrián  
 PÉREZ, Jorge Raúl  
 PERIÉ, Hugo Rubén  
 PERIÉ, Julia Argentina  
 PETIT, María de los Ángeles  
 PINEDO, Federico  
 PIUMATO, Julio Juan  
 PORTELA, Agustín Alberto  
 PORTO, Héctor Norberto  
 PRIETO, Hugo Nelson  
 PUIGGRÓS, Adriana Victoria  
 QUIROZ, Elsa Siria  
 RAIMUNDI, Carlos Alberto  
 RECALDE, Héctor Pedro  
 REYES, María Fernanda  
 RICO, María del Carmen Cecilia  
 RIOBOÓ, Sandra Adriana  
 RODRÍGUEZ, Evaristo Arturo  
 RODRÍGUEZ, Marcela Virginia  
 ROJKÉS DE ALPEROVICH, Beatriz L.  
 ROLDÁN, José María  
 ROMÁN, Carmen  
 ROSSI, Agustín Oscar  
 ROSSI, Alejandro Luis  
 ROSSI, Cipriana Lorena  
 RUIZ, Ramón  
 SALIM, Juan Arturo  
 SALUM, Osvaldo Rubén  
 SÁNCHEZ, Fernando  
 SANTANDER, Mario Armando  
 SAPAG, Silvia Estela  
 SARGHINI, Jorge Emilio  
 SATRAGNO, Lidia Elsa  
 SCIUTTO, Rubén Darío  
 SEGARRA, Adela Rosa  
 SEREBRINSKY, Gustavo Eduardo  
 SESMA, Laura Judith  
 SLUGA, Juan Carlos  
 SNOPEK, Carlos Daniel  
 SOLANAS, Raúl Patricio  
 SOTO, Gladys Beatriz  
 SPATOLA, Paola Rosana  
 STORNI, Silvia  
 SYLVESTRE BEGNIS, Juan Héctor  
 THOMAS, Enrique Luis  
 TOMAZ, Adriana Elisa  
 TORFE, Mónica Liliana  
 TORRONTÉGUI, María Angélica  
 URLICH, Carlos

<p>VACA NARVAJA, Patricia VARGAS AIGNASSE, Gerónimo VARISCO, Sergio Fausto VÁZQUEZ, Silvia Beatriz VEGA, Juan Carlos VELARDE, Marta Sylvia VIALE, Lisandro Alfredo VILARIÑO, José Antonio VILLAYERDE, Jorge Antonio WEST, Mariano Federico ZANCADA, Pablo Ventura ZAVALLLO, Gustavo Marcelo</p> <p>AUSENTES, EN MISIÓN OFICIAL: AGUIRRE DE SORIA, Hilda Clelia IGLESIAS, Fernando Adolfo</p>	<p>AUSENTES, CON LICENCIA PENDIENTE DE APROBACIÓN DE LA HONORABLE CÁMARA:</p> <p>ALFARO, Germán Enrique BALADRÓN, Manuel Justo BARAGIOLA, Vilma Rosana BAYONZO, Liliana Amelia BIANCHI, Ivana María GONZÁLEZ, Nancy Susana HALAK, Beatriz Susana KAKUBUR, Emilio LEMONS, Silvia Beatriz LUSQUINOS, Luis Bernardo MARINO, Adriana del Carmen MOISÉS, María Carolina MÜLLER, Mabel Hilda</p>	<p>PASTORIZA, Eduardo Antonio</p> <p>AUSENTES, CON AVISO:</p> <p>ÁLVAREZ, Juan José BARRIONUEVO, José Luis BONASSO, Miguel Luis CAMAÑO, Dante Alberto DELICH, Francisco José GARCÍA, María Teresa GONZÁLEZ, Juan Dante GUERCI, Beatriz Elvira LÓPEZ, Rafael Ángel LOZANO, Claudio Raúl OBEID, Jorge Alberto REJAL, Jesús Fernando RIVAS, Jorge SCALESI, Juan Carlos</p>
--	--	---

—La referencia acerca del distrito, bloque y período de mandato de cada señor diputado puede consultarse en el Diario de Sesiones correspondiente a la sesión preparatoria (32ª reunión, período 125º) de fecha 5 de diciembre de 2007.

## SUMARIO

### 1. Izamiento de la bandera nacional. (Pág. 30.)

### 2. Diario de Sesiones. (Pág. 30.)

### 3. Asuntos entrados. Resolución respecto de los asuntos que requieren pronunciamiento inmediato del cuerpo. (Pág. 31.)

### 4. Plan de labor de la Honorable Cámara. (Página 31.)

### 5. Mociones de preferencia y de tratamiento sobre tablas. (Pág. 36.)

#### I. Mociones de preferencia con despacho de comisión. Se aprueba. (Pág. 36.)

#### II. Moción de orden formulada por el señor diputado Cantero Gutiérrez de vuelta a comisión para el proyecto de ley sobre contratos agrarios y **moción de preferencia**, con despacho de comisión, para la próxima sesión, de la mencionada iniciativa (Orden del Día N° 534). Se aprueban ambas proposiciones. (Pág. 39.)

#### III. Moción del señor diputado Basteiro de que se trate **sobre tablas** el proyecto de resolución del que es coautor por el que la Honorable Cámara expresa su repudio a la extensión por un año del bloque económico, comercial y financiero contra la República de Cuba y su pueblo, decretado por el señor presidente de los Estados Unidos de América, Barack Obama. (4.962-D.-2009). Se aprueba. (Pág. 41.)

#### 6. Consideración del proyecto de ley del Poder Ejecutivo por el que se autoriza a la señora presidenta de la Nación a ausentarse del país durante el año 2010, cuando razones de gobierno así lo requieran (28-P.E.-2009). Se sanciona. (Pág. 42.)

#### 7. Consideración del dictamen de la Comisión de Legislación del Trabajo en el proyecto de ley del señor diputado Recalde por el que se establece como descanso el día 7 de noviembre de cada año para los trabajadores vendedores de diarios y revistas de la industria periodística (4.273-D.-2009). Se sanciona. (Pág. 42.)

#### 8. Moción de orden formulada por la señora diputada Fadel de que se anticipe la consideración del proyecto de ley del señor diputado Ledesma por el que se establece el día 28 de noviembre de cada año como Día del Empleado de Comercio (4.271-D.-2009). Se aprueba. (Pág. 45.)

#### 9. Consideración del asunto al que se refiere el número 8 de este sumario. Se sanciona. (Pág. 46)

#### 10. Consideración de los dictámenes de las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo por el que se modifica el Código Procesal Penal de la Nación, sobre la participación de las asociaciones intermedias como parte querellante en procesos por delitos de acción pública en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos (26-P.E.-2009). Se sanciona. (Pág. 51.)

#### 11. Consideración de los dictámenes de la Comisión de Legislación Penal en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo por el que se modifica el Código Penal de la Nación, en materia de calumnias e injurias (25-P.E.-2009). Se sanciona. (Pág. 69.)

- II. **Jefatura de Gabinete de Ministros.** (Pág. 885.)
- III. **Comunicaciones del Honorable Senado.** (Pág. 886.)
- IV. **Comunicaciones de la Presidencia.** (Pág. 887.)
- V. **Dictámenes de comisiones.** (Página 889.)
- VI. **Dictámenes observados.** (Pág. 915.)
- VII. **Comunicaciones de comisiones.** (Página 915.)
- VIII. **Comunicaciones de señores diputados.** (Pág. 915.)
- IX. **Comunicaciones oficiales.** (Pág. 920.)
- X. **Peticiones particulares.** (Pág. 931.)
- XI. **Proyectos de ley.** (Pág. 934.)
- XII. **Proyectos de resolución.** (Pág. 954.)
- XIII. **Proyectos de declaración.** (Pág. 989.)
- XIV. **Licencias.** (Pág. 1002.)

C. **Inserciones solicitadas por los señores diputados:**

- 1. **Daher.** (Pág. 1003.)
- 2. **Galvalisi.** (Pág. 1004.)
- 3. **Ginzburg.** (Pág. 1006.)
- 4. **Obiglio.** (Pág. 1009.)
- 5. **Pais.** (Pág. 1012.)
- 6. **Prieto.** (Pág. 1013.)
- 7. **Prieto.** (Pág. 1015.)
- 8. **Rodríguez.** (Pág. 1016.)
- 9. **Rodríguez.** (Pág. 1033.)
- 10. **Rodríguez.** (Pág. 1055.)
- 11. **Rodríguez.** (Pág. 1063.)
- 12. **Rodríguez.** (Pág. 1075.)
- 13. **Rodríguez.** (Pág. 1093.)
- 14. **Rodríguez.** (Pág. 1106.)
- 15. **Rodríguez.** (Pág. 1123.)
- 16. **Rodríguez.** (Pág. 1136.)
- 17. **Rodríguez.** (Pág. 1158.)
- 18. **Rodríguez.** (Pág. 1168.)
- 19. **Rodríguez.** (Pág. 1173.)
- 20. **Rodríguez.** (Pág. 1177.)
- 21. **Rodríguez.** (Pág. 1182.)
- 22. **Rodríguez.** (Pág. 1188.)

23. **Rodríguez.** (Pág. 1197.)

24. **Rodríguez.** (Pág. 1203.)

—En Buenos Aires, a los veintiocho días del mes de octubre de 2009, a la hora 15 y 52:

## 1

### IZAMIENTO DE LA BANDERA NACIONAL

**Sr. Presidente** (Fellner). — Con la presencia de 129 señores diputados queda abierta la sesión.

Invito al señor diputado por el distrito electoral de Buenos Aires don Ricardo Oscar Cuccovillo a izar la bandera nacional en el mástil del recinto.

—Puestos de pie los señores diputados y el público asistente a las galerías, el señor diputado don Ricardo Oscar Cuccovillo procede a izar la bandera nacional en el mástil del recinto. (*Aplausos.*)

## 2

### DIARIO DE SESIONES

**Sr. Presidente** (Fellner). — De conformidad con lo dispuesto por el artículo 164 del reglamento, corresponde considerar, a fin de que los señores diputados indiquen los errores que pudieran contener, los Diarios de Sesiones de los que se dará cuenta por Secretaría.

**Sr. Secretario** (Hidalgo). — Los Diarios de Sesiones pendientes de aprobación son los que corresponden a las reuniones que a continuación se indican: del período 125, las reuniones 6ª, 14ª, 22ª, 24ª, 26ª, 27ª, 29ª, 31ª, 32ª, 33ª, 34ª, y la Asamblea Legislativa del 22 de febrero de 2008; del período 126, las reuniones 1ª, 3ª, 4ª, 7ª, 9ª, 11ª, 12ª, 13ª, 16ª, 22ª y 27ª, y del período 127 las reuniones 2ª y 3ª.

—No se formulan observaciones.

**Sr. Presidente** (Fellner). — No formulándose observaciones se tendrán por aprobados los Diarios de Sesiones en consideración y se autenticarán y archivarán.

## 3

## ASUNTOS ENTRADOS

**Sr. Presidente** (Fellner). – Corresponde dar cuenta de los asuntos incluidos en los Boletines de Asuntos Entrados 23 a 33, que obran en poder de los señores diputados.<sup>1</sup>

Corresponde que la Honorable Cámara pase a resolver respecto de los asuntos que requieran pronunciamiento inmediato del cuerpo.

Atento a que los puntos sobre tablas son en su mayoría retiros de proyectos, si la Cámara está de acuerdo se realizará una sola votación para aprobarlos.

Asentimiento.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Se va a votar.

Resulta afirmativa.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Se procederá en consecuencia.

Corresponde resolver respecto de los pedidos de licencia presentados por varios señores diputados y del pedido de licencia sin goce de dieta presentado por el señor diputado Lusquiños, desde el 19 de octubre hasta el 3 de noviembre de 2009.

Se va a votar si se acuerdan las licencias solicitadas.

Resulta afirmativa.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Quedan acordadas las licencias solicitadas, y la del señor diputado Lusquiños conforme a lo peticionado.

## 4

## PLAN DE LABOR

**Sr. Presidente** (Fellner). – Corresponde pasar al término reglamentario destinado a la consideración del plan de labor de la Honorable Cámara.

Por Secretaría se dará lectura del plan de labor propuesto por la Comisión de Labor Parlamentaria.

**Sr. Secretario** (Hidalgo). – Tratamiento sobre tablas del expediente 28-P.E.-2009, proyecto de ley sobre autorización a la señora presidenta de la Nación a ausentarse del país durante el año 2010; tratamiento sobre tablas

del expediente 4.273-D.-2009, proyecto de ley sobre establecimiento del 7 de noviembre de cada año como Día de Descanso de los Trabajadores Vendedores de Diarios y Revistas de la Industria Periodística; tratamiento sobre tablas del expediente 26-P.E.-2009, proyecto de ley sobre incorporación en el Código Procesal Penal de la Nación del artículo 82 bis.

Expediente 25-P.E.-2009, de ley, modificaciones al Código Penal de la Nación, sobre calumnias e injurias.

Expediente 6-P.E.-2009, de ley, por el cual se prevé un régimen especial para el diseño, construcción, adquisición de bienes y servicios respecto de la Central Nuclear Embalse.

Expediente 69-S.-2009, de ley, declarar de utilidad pública y sujeto a expropiación el mural *Ejercicio plástico*, realizado por el artista Siqueiros.

Expediente 4.271-D.-2009, de ley, Día del Empleado de Comercio. Se establece como tal el 26 de septiembre de cada año.

Proyectos de ley sin disidencias ni observaciones: expediente 4.715-D.-2008, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sobre regulación de medidas precautorias contra el Estado nacional, entes descentralizados o autárquicos. Modificación.

Expediente 45-S.-2009, Instituto Nacional de Medicina Tropical, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación.

Expediente 2.361-D.-2009, ley 20.744, de contrato de trabajo, sobre invenciones y creaciones del trabajador.

Expediente 1.571-D.-2009, regulación del transporte manual de cargas.

Expediente 52-S.-2009, Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de la República Argentina y la República del Perú, suscrito en Buenos Aires el 15 de junio de 2007.

Expediente 6.582-D.-2009, mapa bicontinental de la República Argentina, confeccionado por el Instituto Geográfico Nacional. Obligatoriedad de utilizarlo en todos los niveles y modalidades del sistema educativo.

Expediente 1.056-D.-2008, suplemento dietario denominado creatina monohidratada. Comercialización del mismo en farmacias habilitadas y cuestiones conexas.

1. Véase la enunciación de los asuntos entrados en el Apéndice. (Pág. 830.)

Expediente 452-D.-2009, ley 20.744, de contrato de trabajo y sus modificatorias. Incorporación del artículo 255 bis, sobre plazo de pago de las indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo.

Expediente 1.108-D.-2009, restitución al gobierno de la provincia de San Juan de la bandera ciudadana que capitaneó la cuarta división del Ejército de los Andes, declarada patrimonio histórico provincial.

Expediente 7.009-D.-2006, régimen del Fondo Permanente de Recompensas. Aceptación a las modificaciones introducidas por el Honorable Senado.

Expediente 3.721-D.-2008, Registro Poblacional de Cáncer. Creación.

Expediente 4.117-D.-2008, equipos de emisión de rayos ultravioletas destinados para bronceado. Prohibición de su uso a menores de edad.

Proyectos que tienen acordada preferencia para su tratamiento con despacho de comisión: expediente 144-S.-2007, de ley, Universidad Nacional de Villa Mercedes, provincia de San Luis. Creación.

Expediente 164-S.-2007, de ley, Universidad Nacional de Avellaneda, provincia de Buenos Aires. Creación.

Expediente 160-S.-2008, de ley, Universidad Nacional del Oeste, con sede en el partido de Merlo, provincia de Buenos Aires. Creación.

Expediente 1.933-D.-2008, de ley, Universidad Nacional de Moreno, provincia de Buenos Aires. Creación.

Proyectos de ley con disidencias: expediente 16-P.E.-2007, régimen de individualización de todo recién nacido y del binomio madre-hijo con el fin de asegurar el derecho a la identidad de toda persona desde su nacimiento.

Expediente 4-J.G.M.-2009, presupuesto del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público para el año 2009. Incorporación al mismo de los cargos detallados en los anexos I y II, respectivamente.

Expediente 45-S.-2007, beneficios otorgados por las leyes 16.443 y 20.774. Extensión de éstos al personal de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina y de la Policía de Seguridad Aeroportuaria y cuestiones conexas.

Expediente 15-P.E.-2008, régimen de prestación privada de servicios de seguridad.

Expediente 14-P.E.-2008, mediación previa obligatoria a todo proceso judicial.

Expediente 9-P.E.-2009, Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante los tribunales de segunda instancia en lo civil, en lo comercial y del trabajo de la Capital Federal.

Expediente 3.191-D.-2008, sistema de trazabilidad para el control y seguimiento de especialidades medicinales o farmacéuticas.

Proyectos de ley con observaciones: expediente 34-S.-2008; ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para control de actividades de quema.

Expediente 6.039-D.-2008, Consejo Nacional para la Formulación, Seguimiento y Evaluación del Plan Gerontológico Nacional.

Expediente 4.035-D.-2008, sitios de memoria del terrorismo de Estado. Preservación, señalización y difusión.

Proyectos de ley con disidencias y observaciones. Expediente 42-S.-2008, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Modificación del artículo 242.

Expediente 3.887-D.-2009, ley 20.744, de contrato de trabajo y sus modificatorias. Modificación del artículo 71, sobre conocimientos del trabajador de los controles relativos a su actividad.

Expediente 3.888-D.-2009, ley 20.744, de contrato de trabajo y sus modificatorias. Modificación del artículo 72, sobre aprobación del sistema de control del personal por la asociación sindical.

Expediente 1.118-D.-2008, proyecto de ley. Retiro de las dependencias oficiales de retratos, fotografías, bustos o plaquetas recordatorias de funcionarios del régimen militar.

Expediente 30-D.-2007 y otros, Código Penal. Modificación.

Proyectos de resolución o declaración sin disidencias ni observaciones: son 189 órdenes del día de resolución o declaración. Son los órdenes del día números 1.808, 1.809, 1.811 a 1.833, 1.835, 1.841 a 1.863, 1.865 a 1.872, 1.874 a 1.889, 1.891 a 1.899, 1.901, 1.904 a 1.914, 1.924 a 1.931, 1.933, 1.934, 1.936 a 1.947, 1.949, 1.951 a 1.977, 1.981, 1.982 y

1.984, 1985 a 1.999, 2.001 a 2.004, 2.010, 2.015 a 2.031, 2.033 a 2.036 y 2.038.

Proyectos con preferencia acordada: expediente 2.024-D.-2009, de resolución. Premio obtenido por científicos argentinos en el Congreso de Investigación en Tecnología Cardiovascular.

Expediente 2.422-D.-2009, de resolución. Centésimo aniversario de la Escuela N° 6.111 “Martín Miguel de Güemes”, de Colonia La Lola, provincia de Santa Fe, celebrado el día 5 de julio de 2009. Expresión de beneplácito.

Expediente 3.105-D.-2009, de declaración. Conmemoración del 80° aniversario de la fundación de La Criolla, departamento de San Justo, provincia de Santa Fe. Expresión de salutación.

Expediente 1.491-D.-2009, de resolución. Resolución 2.435 aprobada en la IV sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 3 de junio de 2008, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.

Expediente 3.455-D.-2009, de resolución. Bicentenario del nacimiento de Luis Braille. Expresión de reconocimiento.

Tratamiento sobre tablas: expediente 4.379-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara las VI Jornadas Federales de Auditoría y Control “El Estado federal y las nuevas fronteras del control”, a realizarse los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la ciudad capital de la provincia de Salta.

Expedientes 4.851-D.-2009 y 4.950-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara la realización de las I Jornadas y Talleres sobre Edición Parlamentaria y Nuevas Tecnologías “Juan Alfredo Trasande”, organizadas por la Imprenta del Congreso de la Nación con motivo de su 90° aniversario, que tendrán lugar entre el 29 de octubre y el 6 de noviembre de 2009.

Expediente 4.008-D.-2009, de declaración. Declarar de interés de la Honorable Cámara el Curso de Navegación Antártica –Navantar–, que dictará el Instituto Universitario Naval del 24 de agosto al 4 de septiembre de 2009.

Expediente 4.579-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara el I Congreso de Educación Secundaria de la pro-

vincia de Misiones, “Construyamos entre todos la nueva escuela secundaria”, a realizarse del 24 al 26 de septiembre de 2009 en Oberá, provincia de Misiones.

Expediente 5.068-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara de Diputados el XXI Congreso Internacional y Encuentro Nacional de Supervisores Docentes –Cienasud 2009–, con el lema “El supervisor ante los nuevos paradigmas del conocimiento”, a realizarse desde el 26 hasta el 30 de octubre de 2009 en la ciudad de Neuquén, provincia de Neuquén.

Expediente 5.204-D.-2009, de resolución. Expresar beneplácito por la inauguración de un hogar de día para la prevención, promoción y atención integral del niño, niña y adolescente en situación de vulnerabilidad, en la ciudad de Posadas, provincia de Misiones.

Expediente 5.042-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara la exposición Bio Expo 2009 - “Cultivos, energías y tecnologías alternativas”, a realizarse del 27 al 29 de noviembre de 2009 en la ciudad de Pérez, provincia de Santa Fe.

Expediente 4.221-D.-2009, de declaración. Rendir homenaje y reconocimiento al cuerpo de bomberos voluntarios de todo el territorio argentino y, en especial, a los bomberos puntanos, por su tarea abnegada al servicio de la vida y a quienes perdieron su vida en cumplimiento del deber: Carlos Horacio Valdúz y Julio Martín Pannello.

Expediente 5.028-D.-2009 de declaración. Expresar beneplácito por la X Expoventa y Muestra de Oferta Educativa, a realizarse del 6 al 8 de noviembre de 2009 en la provincia de San Luis.

Expediente 4.140-D.-2009, de resolución. Rendir homenaje al Instituto Aleluya de la ciudad capital de la provincia de San Luis al conmemorarse el 50° aniversario de su fundación.

Expediente 5.188-D.-2009, de declaración. Adherir a las actividades a desarrollarse durante la Semana del Orgullo, del 1° al 6 de noviembre de 2009 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Expediente 4.783-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara de Diputados el Congreso Nacional Franciscano

de Ecología y Ambiente, a realizarse del 2 al 4 de octubre de 2009 en Paraná, provincia de Entre Ríos.

Expediente 4.680-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara los programas “1 x 24 en las casas del Bicentenario” y “De mis manos a las tuyas”, implementados por la Secretaría de Cultura de la Nación.

Expediente 4.678-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara la expedición de relevamiento de su territorio que con la denominación “Hijos de esta Pacha” realizaran en el mes de septiembre de 2009 miembros de pueblos indígenas de la provincia de Tucumán.

Expediente 4.677-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara el corto cinematográfico *Hecho*, mediante el cual se promueve la inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual.

Expediente 4.676-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara la película documental que se realizará en el marco del proyecto “Hijos de esta Pacha”, durante la expedición de relevamiento y reconocimiento de los límites territoriales que en septiembre de 2009 harán comuneros de pueblos indígenas de la provincia de Tucumán.

Expediente 4.285-D.-2009, proyecto de resolución. Nonagésimo aniversario de la Sociedad Rural de Reconquista, departamento de General Obligado, provincia de Santa Fe, celebrado el día 29 de junio de 2009. Expresión de beneplácito.

Expediente 4.284-D.-2009, de resolución. Expresar beneplácito por el 75º aniversario de la fundación de la Escuela N° 6.251 “Contralmirante Martín Guerrico” ubicada en el paraje La Esmeralda, provincia de Santa Fe, celebrado el día 5 de julio de 2009.

Expediente 4.283-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara el contenido del espacio web [www.discapacidadallimite.blogspot.com](http://www.discapacidadallimite.blogspot.com).

Expediente 3.017-D.-2009, de resolución. Rendir homenaje a José Gervasio Artigas al cumplirse el 245º aniversario de su nacimiento el 19 de junio de 2009 e instituir en dicha fecha el Día del Federalismo.

Expediente 2.963-D.-2009, de declaración. Expresar solidaridad con las comunidades indígenas de la Amazonia peruana que fueron objeto de una repudiable represión.

Expediente 4.370-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara los 120 años de vida de la localidad de Moisés Ville, provincia de Santa Fe, a llevarse a cabo del 23 al 25 de octubre de 2009.

Expediente 4.644-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara el XVII Encuentro Interprovincial de Teatro - Teodelina 2009, a realizarse del 13 al 15 de noviembre de 2009 en la provincia de Santa Fe.

Expediente 4.645-D.-2009, de resolución. Expresar repudio por los actos perpetrados en el Cementerio Israelita de La Tablada, provincia de Buenos Aires, los días 11 y 12 de septiembre de 2009.

Expediente 4.368-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara el trabajo de investigación de la doctora María Eugenia Farías y su equipo, por el hallazgo de estromatolitos de altura en la puna salteña.

Expediente 5.146-D.-2009, de resolución. Expresar repudio por los actos de vandalismo a la estatua de Ernesto “Che” Guevara, ubicada en Rosario, provincia de Santa Fe.

Expediente 3.815-D.-2009, de resolución. Expresar beneplácito por la resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU que define la mortalidad materna como un problema de derechos humanos.

Expediente 5.155-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara la XXV Edición del Encuentro y Fiesta Nacional de Colectividades, a realizarse del 6 al 15 de noviembre de 2009 en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe.

Expediente 4.935-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de esta Honorable Cámara las II Jornadas Nacionales de Gestión de Empresas y I Jornada de Márketing, a realizarse el 22 y 23 de octubre de 2009, en la Universidad Nacional de Rosario, provincia de Santa Fe.

Expediente 4.046-D.-2009, de declaración. Declarar de interés parlamentario el 117º aniversario de la fundación de la localidad santafesina de Clason, a celebrarse el día 8 de noviembre de 2009.

Expediente 1.743-D.-2009, de resolución. Solicitar al Poder Ejecutivo disponga la apertura de una sucursal del Banco de la Nación Argentina en las ciudades de Viale e Ibicuy, provincia de Entre Ríos.

Expediente 4.940-D.-2009, de resolución. Expresar reconocimiento por la labor de difusión cultural y de patriotismo que realiza el artista popular entrerriano Hernán Rondan Grasso.

Expediente 5.240-D.-2009, de declaración. Expresar beneplácito por la suscripción del Tratado de Integración y Cooperación entre la República de Chile y la República Argentina, a realizarse el día 30 de octubre de 2009 en Maipú, Chile.

Expediente 4.302-D.-2009, de resolución. Actos por el centenario del Club Atlético Vélez Sarsfield. Adhesión.

Expediente 3.697-D.-2009, de declaración. Solicitar al Poder Ejecutivo disponga garantizar la libre circulación de la ruta nacional 34.

Expediente 4.939-D.-2009, de resolución. Pedido de informes al Poder Ejecutivo sobre el avance de la obra de la cárcel denominada Centro Federal del Noroeste en el departamento de General Güemes, provincia de Salta, y otras cuestiones conexas.

Expediente 5.161-D.-2009, de resolución. Declarar de interés de la Honorable Cámara la Competencia Automovilística Desafío Ruta 40, a realizarse del 9 al 22 de abril de 2010, uniendo las provincias de Santa Cruz y Jujuy.

Expediente 5.201-D.-2009, de resolución. Expresar preocupación por el caso de espionaje del funcionario del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ciro Gerardo James, quien ilegalmente intervino los teléfonos de Sergio Burstein, familiar de las víctimas de la AMIA.

Expediente 5.271-D.-2009, de resolución. Expresar preocupación por las restricciones comerciales adoptadas por Brasil y otras cuestiones conexas.

Expediente 3.303-D.-2009, de declaración. Declarar de interés de la Cámara la VI Edición de la EPSAM, Exposición Municipal Pyme 2009 a realizarse en septiembre en San Martín, provincia de Buenos Aires.

Expediente 5.224-D.-2009, de declaración. Declarar de interés de la Cámara la celebración del 90° aniversario de la fundación de la localidad santafesina de Bombay.

Expediente 5.269-D.-2009, de declaración. Declarar de interés de la Honorable Cámara la celebración del 88° aniversario de la declaración de la ciudad de Reconquista.

Expediente 5.270-D.-2009, de declaración, por el cual se declara de interés de la Honorable Cámara la celebración del 100° aniversario de Ciudad de Villa Trinidad en San Cristóbal, Santa Fe.

Ordenes del día de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo:

Expediente 1-J.G.M.-2008.

Expediente 4-J.G.M.-2008, de resolución. Decreto 1.003, de junio de 2008. Declaración de su validez.

Expediente 10-J.G.M.-2008, de resolución. Declaración del decreto 1.472 de septiembre de 2008. Su validez.

Expediente 5.434-D.-2008, de resolución. Declaración de validez del decreto 1.395 de fecha 2 de septiembre de 2008.

Expediente 13-J.G.M.-2008, de resolución. Declaración de validez del decreto 2.025 de noviembre de 2008.

Expediente 6.917-D.-2008, de resolución. Declaración de validez del decreto 2.314 de fecha 30 de diciembre de 2008.

Expediente 6.918-D.-2008, de resolución. Declaración de validez del decreto 2.315 de fecha 30 de diciembre de 2008.

Expediente 6.919-D.-2008, de resolución. Declaración de validez del decreto 10 de fecha 8 de enero de 2009.

Expediente 6.920-D.-2008, de resolución. Declaración de validez del decreto 6 de fecha 7 de enero de 2009.

Expediente 7.085-D.-2008, de resolución. Declaración de validez del decreto 90 de fecha 5 de febrero de 2009.

Expediente 478-D.-2009, de resolución. Declaración de validez del decreto 108 de fecha 16 de febrero de 2009.

Expediente 1.362-D.-2009, de resolución. Declaración de validez del decreto 206 de fecha 19 de marzo de 2009.

Expediente 2-J.G.M.-2009, de resolución. Declaración de validez del decreto 248 de fecha 26 de marzo de 2009.

Expediente 3.678-D.-2009, de resolución. Declaración de validez del decreto 860 de fecha 7 de julio de 2009.

Expediente 8-J.G.M.-2009, de resolución. Declaración de validez del decreto 1.128 del 24 de agosto de 2009.

Expediente 10-J.G.M.-2009, de resolución. Declaración de validez del decreto 1.142 del 27 de agosto de 2009.

Expediente 11-J.G.M.-2009, de resolución. Declaración de validez del decreto 1.144 del 27 de agosto de 2009.

**Sr. Presidente** (Fellner). – En consideración el plan de labor propuesto por la Comisión de Labor Parlamentaria.

Se va a votar.

– Resulta afirmativa.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Queda aprobado el plan de labor.

## 5

### MOCIONES DE PREFERENCIA Y DE TRATAMIENTO SOBRE TABLAS

#### I

#### Mociones de preferencia con despacho de comisión

**Sr. Presidente** (Fellner). – Corresponde pasar al término reglamentario previsto por el artículo 168 del reglamento, destinado a mociones de preferencia y de tratamiento sobre tablas.

Por Secretaría se dará lectura del listado de mociones de preferencia con despacho de comisión para la próxima sesión, formuladas por los señores diputados.

**Sr. Secretario** (Hidalgo). – Bloque Frente para la Victoria: expediente 24-P.E.-2009. Proyecto de ley. Incorporación del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, sobre obtención del ácido desoxirribonucleico –ADN– del imputado o de otra persona.

Expediente 7-P.E.-2009. Proyecto de ley por el cual se propicia la sustitución de la planilla anexa II al inciso b) del artículo 70 de la Ley de Impuestos Internos –texto ordenado en 1979 y

sus modificaciones– y la eliminación de ciertos productos tecnológicos y de informática de la planilla anexa al inciso e) del cuarto párrafo del artículo 28 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado. Modificaciones introducidas por el Honorable Senado.

Expediente 23-P.E.-2009. Proyecto de ley. Creación del Banco Nacional de Datos Genéticos en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Expediente 30-P.E.-2009. Proyecto de ley tendiente a suspender temporalmente la vigencia de los artículos 2º, 3º y 4º de la ley 26.017, a fin de reestructurar la deuda instrumentada en los títulos públicos que fueran elegibles para el canje dispuesto por el decreto 1.735/2004.

Expediente 130-S.-2008. Proyecto de ley en revisión por el cual se crea el Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4 con asiento en la ciudad capital de la provincia de Mendoza.

Expediente 2.715-D.-2008. Proyecto de ley. Institución de servicios de atención médica y psicológica a víctimas del terrorismo de Estado.

Expediente 2.584-D.-2008. Proyecto de ley. Régimen de jubilación especial docente.

Expediente 4.222-D.-2009. Proyecto de ley. Jubilaciones y pensiones, ley 24.018. Modificaciones sobre jubilación de funcionarios y empleados del Poder Judicial y del Poder Legislativo.

Expediente 2.177-D.-2008. Proyecto de ley. Régimen de negociaciones colectivas de empleados judiciales.

Expediente 2.587-D.-2008. Proyecto de ley. Transferencia a título gratuito de un inmueble propiedad del Estado nacional a favor de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, de la Fundación para la Educación y el Trabajo y de la Asociación Civil de Ayuda Solidaria de Tandil, provincia de Buenos Aires.

Expediente 6.155-D.-2008. Proyecto de ley. Régimen de protección de los usuarios de servicios públicos.

Expediente 3.592-D.-2009. Proyecto de ley. Salud escolar. Régimen.

Bloque de la Unión Cívica Radical: expediente 4.960-D.-2009. Proyecto de resolución. Expresar adhesión a la visión y misión de la

**Sr. Presidente** (Fellner). – Tiene la palabra la señora diputada por la Capital.

**Sra. Bertol**. – Señor presidente: quiero destacar que en el debate de este proyecto pudimos escucharnos, intercambiar opiniones y acompañarlo sin importar de qué sector viene.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Tiene la palabra el señor diputado por Neuquén.

**Sr. Prieto**. – Señor presidente: por las razones que se han expuesto deseo adelantar el voto positivo del bloque de la Concertación.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Señor diputado Azcoiti: entiendo que de acuerdo con su posición, podemos proceder a efectuar una sola votación, en general y en particular.

Se va a votar nominalmente en general y en particular el dictamen de mayoría de las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías recaído en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo por el cual se incorpora el artículo 82 bis del Código Procesal Penal de la Nación, sobre participación de las asociaciones intermedias como parte querellante en procesos de delitos de acción pública en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos (Orden del Día N° 2.115).

–Se practica la votación nominal.

–Conforme al tablero electrónico, sobre 179 señores diputados presentes, 176 han votado por la afirmativa y 1 por la negativa, registrándose además una abstención.

**Sr. Secretario** (Hidalgo). – Se han registrado 176 votos afirmativos y 1 negativo.

–Votan por la afirmativa los señores diputados Acosta, Acuña Kunz, Acuña, Aguad, Albrisi, Alcuaz, Alvaro, Arbo, Ardid, Areta, Argüello, Augsburg, Azcoiti, Baldata, Barrios, Bartolucci, Basteiro, Belous, Benas, Bernazza, Berraute, Bertol, Bertone, Beveraggi, Bianco, Bidegain, Bisutti, Brillo, Bullrich (E. J.), Calchaquí, Calza, Camaño (G.), Canela, Cantero Gutiérrez, Carca, Carlotto, Carmona, Caselles, Castaldo, Cejas, César, Chiquichano, Cigogna, Comelli, Conti, Córdoba (J. M.), Córdoba (S. M.), Cortina, Cuevas, Cusinato, Damilano Grivarello, Dato, De la Rosa, De Narváez, Del Campillo, Depetri, Di Tullio, Díaz Bancalari, Díaz Roig, Díaz, Donda Pérez, Doven, Fadel, Fein, Fernández Basualdo, Fernández, Ferrá de Bartol, Ferro, Fiol, Galantini, Galvalisi, García de Moreno,

García Méndez, García (S. R.), Gardella, Genem, Giannettasio, Gil Lozano, Gioja, Giudici, Godoy, González (M. A.), Gorbacz, Gullo, Gutiérrez, Heredia, Herrera (A.), Herrera (J. A.), Hotton, Ibarra, Ilarregui, Irrazábal, Iturrieta, Katz, Kenny, Korenfeld, Kroneberger, Kunkel, Lanceta, Landau, Ledesma, Leguizamón, Lenz, Leverberg, Llanos, Llera, López Arias, López (E. S.), Lorges, Luna de Marcos, Macaluse, Marconato, Martiarena, Martín, Martínez Oddone, Merchán, Merlo, Montero, Morandini, Morante, Morejón, Moreno, Morgado, Morini, Naím, Osorio, Pais, Paroli, Pasini, Pastoriza (M. A.), Peralta, Pereyra, Pérez (A.), Pérez (J. R.), Perié (H. R.), Perié (J. A.), Pinedo, Piumato, Portela, Porto, Prieto, Puiggrós, Raimundi, Recalde, Rico, Rodríguez (E. A.), Rodríguez (M. V.), Rojks de Alperovich, Román, Rossi (A. O.), Rossi (A. L.), Ruiz, Salim, Salum, Sánchez, Sapag, Satragno, Sciutto, Segarra, Serebrinsky, Sluga, Snopek, Solanas, Soto, Spatola, Storni, Sylvestre Begnis, Tomaz, Torfe, Vaca Narvaja, Vargas Aignasse, Velarde, Viale, Villaverde, West y Zancada.

–Vota por la negativa la señora diputada Ginzburg.

–Se abstiene de votar el señor diputado De Marchi.

**Sr. Presidente** (Fellner). – La Presidencia deja constancia del voto afirmativo de la señora diputada Naím.

Queda sancionado el proyecto de ley.<sup>1</sup>

Se comunicará al Honorable Senado.

## 11

### MODIFICACION DEL CODIGO PENAL SOBRE CALUMNIAS E INJURIAS

(Orden del Día N° 2.114)

## I

### Dictamen de mayoría

*Honorable Cámara:*

La Comisión de Legislación Penal ha considerado el mensaje 1.243 y proyecto de ley del 10 de septiembre de 2009 por el que se modifica el Código Penal de la Nación en materia de calumnias e injurias, habiendo tenido a la vista los proyectos de ley de los señores diputados Conti, Giudici y otros, Prieto y otros, Rodríguez (M. V.) y otros y Velarde y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconseja su sanción.

1. Véase texto de la sanción en el Apéndice. (Pág. 830.)

Sala de la comisión, 13 de octubre de 2009.

*Nora N. César. – María A. Carmona. – Lía F. Bianco. – Stella M. Córdoba. – María G. de la Rosa. – Patricia S. Fadel. – Miguel A. Iturrieta. – Carlos Kunkel. – Julia A. Perié. – Héctor P. Recalde. – Jesús F. Rejal. – Alejandro L. Rossi. – Juan C. Vega. – Marta S. Velarde.*

Disidencia parcial:

*Hugo R. Acuña.*

#### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados,...*

Artículo 1º – Sustitúyese el artículo 109 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

Art. 2º – Sustitúyese el artículo 110 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 110: El que intencionalmente deshonorar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

Art. 3º – Sustitúyese el artículo 111 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 111: El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

1. Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.
2. Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

Art. 4º – Derógase el artículo 112 del Código Penal de la Nación.

Art. 5º – Sustitúyese el artículo 113 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 113: El que publicare o reproduciera, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

Art. 6º – Sustitúyese el artículo 117 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 117: El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

Art. 7º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Aníbal D. Fernández. – Julio C. Alak.*

#### FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR DIPUTADO HUGO R. ACUÑA

Señor presidente:

La tendencia actual es excluir la punibilidad de los delitos de calumnias e injurias, reduciéndolos en algunos casos a una conciliación con un resarcimiento pecuniario.

Coincido en que hay que derogar completamente el capítulo de calumnias e injurias del código penal, aunque me llama la atención que este proyecto haya olvidado a las vertidas en juicio.

Las calumnias e injurias vertidas en juicio no han hecho más que generar un trabajo inútil a la justicia penal, desviando su verdadera función hacia asuntos en donde la sociedad no recibe ninguna retribución por el empleo de estos recursos.

A menudo, en el marco de los expedientes administrativos o judiciales, las partes se profieren imputaciones u observaciones o señalamientos sobre sus conductas procesales o motivaciones de las mismas.

Como respuesta, es común, que la parte supuestamente ofendida, más allá si los hechos son reales o no, responde con una amenaza de denuncia penal por calumnias e injurias y todo termina en la justicia penal, por años, generando mayor desgaste jurisdiccional y desviando el foco de la atención punitiva del Estado.

Nadie duda de que el uso de términos obscenos o insultantes, pudiera merecer una orden de rectificación o testado por parte del mismo juez actuante para evitar su repetición en el futuro, pero de ahí a que estas cuestiones procesales terminen engrosando la larga lista de expedientes de la justicia penal, hay acciones legislativas que emprender.

Por ello, debe evitarse la llegada de causas penales por estos motivos al fuero.

No está implicada la paz social, ni el interés público en la eliminación de sanciones penales a este tipo de acciones, señalando que sí está privilegiada la libertad de expresión y el ejercicio del derecho de defensa de las partes, debiéndoseles permitir ejercer estos derechos con absoluta plenitud, y siempre que para ello no se empleen términos obscenos, por lo que he presentado el proyecto 4.747-D.-2009 para remediar el olvido del ejecutivo. Espero sea sancionado en breve.

En cuanto al proyecto del Ejecutivo, no creo que sea prudente incluir multas y montos. No existiendo el delito penal, aún queda la vía civil para mensurar el daño moral sufrido por la afectación de la imagen pública de las personas.

Nadie mejor que el juez civil para fijar un eventual resarcimiento frente a cualquier acto que verdaderamente afecte la imagen y el honor de alguien. No es necesario fijar multas.

Asimismo, la fijación de multas dentro del Código Penal, va de contramano con la tendencia legislativa actual de excluir del Código Penal a las calumnias e injurias.

Si ya no son delitos penales, no deben entonces tener multas, ni montos.

Esta propuesta, en realidad, más que aliviar la situación tribunalcia, la sigue complicando.

La referencia a asuntos de interés público para excluir la punibilidad, tampoco aclara. Es más, oscurece.

Todas las personas tienen derecho al honor y a la no afectación de su imagen. O eliminamos el capítulo del código penal, o lo dejamos. Pero, al dejarlo, cambiándole la pena por una pecuniaria y empañando el análisis en cuanto a la referencia al interés público, no aporta un alivio, ni a la doctrina y práctica penal, ni al fuero.

El artículo 111 tampoco es claro en cuanto a la verdad de los hechos imputados.

El artículo 113 genera complicaciones en cuanto al valor de las “fuentes” en la tarea de información. ¿Dónde queda protegida la libertad de prensa con esta propuesta?

Por último, en el artículo 117 regula la retractación, por lo que hubiese sido más simple establecer que “La retractación en todos los casos, eximirá de pena al imputado”. Pero, es evidente que si se produjo un daño moral mensurable civilmente, el afectado avanzará con el pedido de resarcimiento.

En definitiva, este intento de “maquillar el capítulo de calumnias e injurias del Código Penal”, resulta ser más problemático, que facilitador. Eliminarlo por completo de este cuerpo legal, es la consigna más acertada, para luego dejar en manos de los jueces civiles la valoración del daño producido, el monto del

resarcimiento, y la aptitud saneatoria de la retractación pública.

Por lo expuesto, planteo mi disidencia total al proyecto en estudio.

*Hugo R. Acuña.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

Las Comisión de Legislación Penal al considerar el mensaje 1.243 y proyecto de ley del 10 de septiembre de 2009 por el que se modifica el Código Penal de la Nación en materia de calumnias e injurias, habiendo tenido a la vista los proyectos de ley de los señores diputados Conti, Giudici y otros, Prieto y otros, Rodríguez M.V. y otros y Velarde, aconsejan su sanción.

*Nora N. César.*

## II

### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

La Comisión de Legislación Penal ha considerado el mensaje número 1.243 y proyecto de ley del 10 de septiembre del 2009 por el cual se aprueban modificaciones al Código Penal de la Nación, sobre delitos contra el honor, y habiendo tenido a la vista los expedientes 946-D.-2009, diputada Marcela Rodríguez y otros; 290-D.-2008, diputada Conti; 293-D.-2008, diputada Conti; 3.952-D.-2008, diputada Giudici y otros; 5.114-D.-2008, diputado Prieto y otros; y 2.076-D.-2009, diputada Velarde; y, por las razones que se expresan, aconseja la sanción del siguiente texto que recoge oportunamente las iniciativas de la diputada Marcela Rodríguez y del diputado Prieto:

### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados,...*

### TITULO I

### Modificaciones al Código Penal

Artículo 1º – Modifícase el artículo 73 del Código Penal de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 73: Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1. Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157.
2. Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159.
3. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Art. 2º – Derógase el título II del libro segundo del Código Penal de la Nación, artículos del 109 al 117 bis.

## TITULO II

**Modificaciones al Código Civil**

Art. 3º – Modifícase el artículo 1.069 del Código Civil de la Nación, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.069: El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras “pérdidas e intereses”.

Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

Si las indemnizaciones fuesen originarias por el daño causado por un medio de comunicación social a partir de la falsa acusación de la comisión de un delito o de una aseveración de hecho falsa, los jueces deberán ponderar como circunstancia atenuante el otorgamiento voluntario de la réplica en los términos de la ley.

Art. 4º – Derógase el artículo 1.089 del Código Civil de la Nación.

Art. 5º – Derógase el artículo 1.090 del Código Civil de la Nación.

Art. 6º – Modifícase el artículo 1.071 bis del Código Civil de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.071 bis. El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, o imágenes de cualquier tipo, difundiendo cualquier clase de correspondencia o comunicación, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, así como exigir la retractación pública o rectificación pública que correspondiese, si estas medidas fuesen procedentes para una adecuada reparación.

Art. 7º – Incorpórese como artículo 1.071 ter al Código Civil de la Nación, el siguiente texto:

Artículo 1.071 ter: No se serán responsables aquellos que difundieren información sobre: funcionarios públicos, siempre que ésta se encuentre asociada a su función; figuras públicas, cuando ésta se encuentre asociada a su rol; o, de particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos de relevancia institucional.

No habrá exención de responsabilidad cuando la difusión de la información se hiciera con conocimiento de su falsedad o inexactitud; o, se opere con notoria despreocupación por su veracidad.

La exteriorización de juicios de valor sobre funcionarios y figuras públicas no generará responsabilidades ulteriores.

## TITULO III

**Derecho de rectificación**

Art. 8º – *Rectificación*. Toda persona física o jurídica, de derecho público o privado, falsamente acusada de cometer un delito o equívocamente implicada en algún hecho, tiene derecho a rectificar, de modo gratuito y en el mismo medio, la información difundida en cualquier medio de comunicación social.

Art. 9º – *Ambitos excluidos*. Quedan excluidas del derecho de réplica las informaciones:

1. Referidas a funcionarios públicos respecto de asuntos relativos al ejercicio de su función, excepto que se trate de la imputación de un delito.
2. Que enuncien discursos pronunciados por los legisladores nacionales, provinciales y municipales.
3. Que se enuncien en forma crítica literaria, artística, científica, técnica, deportiva o religiosa.

Art. 10. – *Legitimación activa*. Podrá ejercer el derecho de réplica la persona aludida en la noticia. Una vez iniciada la acción, en caso de muerte del accionante, podrán continuarla los herederos forzosos y su pareja de concubinato.

En el caso de las personas jurídicas, tendrán legitimación activa sus representantes legales.

Art. 11. – *Solicitud de rectificación*. Dentro de los diez (10) días hábiles de enunciada la noticia, quien haya sido falsamente imputado de algún delito o equívocamente implicado en algún hecho podrá solicitar por escrito, al medio en el cual ésta se enunció, que la información sea rectificada. El medio tendrá dos (2) días hábiles para aceptar o rechazar el pedido.

Art. 12. – *Aceptación de la solicitud*. En caso de que el medio de comunicación haga lugar a la solicitud de rectificación, esta deberá notificarse por medio fehaciente y deberá difundirse dentro de los tres (3) días hábiles en el mismo espacio, con igual extensión que la noticia original, y sin costos para el afectado.

En caso de que la información que se rectifique se hubiera divulgado en una publicación o programa que tuviere una mayor periodicidad a la enunciada en este artículo, el afectado podrá:

1. Esperar el nuevo número de la publicación o la nueva emisión del programa;
2. Publicarlo en un medio similar al cual fue difundido, siempre que no genere excesivo gasto económico para el medio.

Art. 13. – *Rechazo o silencio.* Ante el rechazo o el silencio del medio de comunicación, quedará abierta la instancia judicial.

En caso de rechazo, que deberá hacerse por escrito y debe ser notificado por medio fehaciente, si el ofendido lo requiere, el medio deberá aportar una copia del soporte en el cual éste divulgó la información, siempre y cuando se trate de un medio de comunicación que tenga la obligación de guardar tales soportes. Los gastos del soporte serán a cargo de quien solicitó la rectificación. En el escrito del rechazo, el medio de comunicación deberá aclarar que está a disposición del afectado el soporte referido.

Se entenderá que hay silencio en el caso de que el medio no respondiere dentro de los dos (2) días hábiles.

En la instancia judicial, en el primer escrito del medio de comunicación se deberá acreditar que notificó el rechazo. En caso de que no pudiere realizar tal acreditación o si en el escrito de rechazo no indicare que el afectado tiene la posibilidad de obtener el soporte donde divulgó la información, cualquiera sea el resultado del juicio, el medio será condenado en costas.

El plazo para iniciar la acción judicial será de treinta (30) días hábiles.

Art. 14. – *Vía judicial.* El proceso judicial tramitará por el más expedito que contemplen los códigos procesales locales. En caso de que el juez otorgue la réplica, estará facultado para establecer una multa al medio que la hubiere denegado.

Si se tratare de un medio radiofónico o audiovisual, el monto de la multa será de entre el doble y el cuádruple del valor que el medio cobra por segundo para sus publicidades, multiplicado por la cantidad de segundos que haya durado la noticia que motivó la rectificación.

Si se tratare de un medio escrito, el monto de la multa será de entre el doble y el cuádruple del valor que el medio cobre por un espacio publicitario del mismo tamaño que la noticia que motivó la rectificación.

El monto de las multas será destinado a las escuelas y hospitales que el juez estime convenientes.

Art. 15. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de la comisión, 13 de octubre de 2009.

*Claudia F. Gil Lozano.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

A los fines de fundar la presente disidencia, hacemos propios los fundamentos expresados por la diputada Marcela Rodríguez en el expediente 946-D.-2009.

### *Primera parte: Protección constitucional de la libertad de expresión*

#### *1. La libertad de expresión en la Constitución Nacional y los tratados internacionales*

La libertad de expresión se encuentra expresamente prevista en nuestra Constitución Nacional en el artículo 14 que dispone que: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Asimismo, diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional reconocen y protegen expresamente la libertad de expresión.

El artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone que “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”.

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que “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”.

Con la simple lectura de estas normas, puede concluirse sin mayores dudas, que nuestro ordenamiento jurídico supremo (Constitución y tratados con jerarquía constitucional) establece una fuerte protección a este derecho.

Por otra parte, los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional disponen, por un lado, que los derechos no son absolutos y que deben ser reglamentados; y, por el otro, que esta reglamentación no puede alterar este derecho.

Cabe entonces fijar cuáles son las líneas que nuestra legislación debe tener en cuenta al regular este derecho. Es decir, cuáles son los presupuestos y los límites que afectarán el ejercicio de la libertad de expresión en el marco de una democracia constitucional.

## 2. Las limitaciones a la libertad de expresión

Existen muy buenas razones para otorgar una especial protección al derecho a la libertad de expresión. La consecuencia normativa de esta postura será que las limitaciones a este derecho serán excepcionales y claramente establecidas. En resumen, y como profundizaré más adelante, la libertad de expresión debe interpretarse a la luz de una teoría constitucional y una teoría democrática que sea consistente tanto con la protección de las minorías como con el autogobierno de nuestra sociedad.

### 2.1 La libertad de expresión y la democracia

Actualmente, parece poco discutible que las democracias requieren del mayor número de voces que participen en ella. Tampoco resulta dudoso que cuantas más voces lo hagan mayor será la riqueza que de sus instituciones surja. Por ello mismo, un primer esfuerzo de estas instituciones debe tender a ampliar la cantidad de participantes. Sin embargo, igualmente relevante resulta la posibilidad de que estas voces puedan ser escuchadas no sólo con igual posibilidad, sino con idéntica capacidad de expresarse.

De allí que no es difícil sostener la importancia estructural que tiene el derecho a la libertad de expresión en la democracia argentina. La libertad de expresión resulta ser uno de aquellos pilares fundamentales sobre los que se estructuran los sistemas democráticos modernos. Ella permite el libre flujo de ideas, el control del poder, el diálogo político e incluso la formación de la propia identidad individual y colectiva.

Tal como lo reconoce Gargarella, la libertad de expresión puede caracterizarse a partir de dos pautas principales: “en primer lugar, se afirma que es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y en segundo lugar, que es necesario que tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva.”<sup>6</sup>

Por esto mismo, una correcta manera de entender la libertad de expresión es la que la asocia con la necesidad de contar, en un sistema democrático, con un robusto intercambio de ideas. La democracia, desde

este punto de vista, es un sistema de autogobierno por el cual la ciudadanía decide colectivamente cuáles son las reglas que regirán su vida como comunidad política. La idea de autogobierno requiere que la ciudadanía participe en una discusión pública acerca de cuáles son las mejores respuestas a problemas públicos.

Esta búsqueda se enriquece en la medida en que el intercambio de ideas y perspectivas es más variado y representativo de la diversidad de puntos de vista existentes en una sociedad determinada y se empobrece cuando esos puntos de vista se reducen en cantidad y variedad. El problema serio es, desde esta visión democrática de la libertad de expresión, que el empobrecimiento del debate público deriva en el mal funcionamiento del sistema político y en la calidad de las decisiones a las que se arrije en forma colectiva.

En nuestra Constitución Nacional, en su parte histórica, esto se percibe de manera manifiesta en las llamadas inmunidades parlamentarias. La función de que los legisladores –en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Nacional– tengan “inmunidad de opinión”, no es otra que la de asegurar el debate público. El Constituyente, ya en 1853, advirtió que los representantes del pueblo debían estar liberados de la coerción penal, así como de la de cualquier otra índole, por lo que de sus opiniones pudiese surgir cuando se tratara de asuntos públicos. La máxima elemental que respaldaba esta observación es que la amenaza penal limitaría el debate haciendo fracasar su función, su objeto, y amputando la misión misma de la representación. La reforma de 1994 implicó un paso hacia la apertura de nuevos mecanismos de participación, lo que implicó una revisión del posicionamiento axiológico con relación a la representación. No caben dudas, y el análisis de las fuentes así lo indica, que el Constituyente de 1853 guardaba ideas aristocráticas temerosas de la amplia participación política de la ciudadanía.<sup>7</sup> De esta manera, resultaba razonable restringir la inmunidad de opinión a los representantes, pues sobre ellos, y sólo sobre ellos, gravitaría el debate público. Pero, luego de la reforma de 1994, ha quedado claro que nuestra comunidad política alienta y promueve el debate público y mecanismos de democracia semi-directa que constituyen a todos los ciudadanos y ciudadanas en representantes de sí mismos. De modo tal que sería contradictorio con la orientación política manifiesta del texto constitucional, el hecho de que únicamente los legisladores pudiesen desplegar sus opiniones sin temor a sanciones penales, y que la ciudadanía no pudiese expresarse por sí misma sin intermediarios de forma equivalente.<sup>8</sup>

La libertad de expresión, desde esta visión, no es sólo y excluyentemente un derecho a la autodeterminación autónoma de la persona sino que se constituye fundamentalmente como precondition del sistema democrático. Así, esta forma de ver la libertad de expresión dará lugar a una regulación estatal que tienda a robustecer el debate público.

Esta es la naturaleza que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha dado al artículo 13 del Pacto de San José al decir que "...cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno."<sup>9</sup>

Asimismo, la Corte Interamericana expresó "en la arena sobre temas de alto interés público no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En la sociedad democrática, la prensa debe informar de manera amplia sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios deben rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas".<sup>10</sup>

Partiendo entonces de estas premisas, no es difícil advertir el relevante papel que desempeña en la democracia la prensa y, con ella, la crítica ciudadana a los funcionarios públicos.

En este sentido, si la democracia requiere que los cargos sean elegidos por el pueblo y que los diversos funcionarios públicos sean receptivos a los deseos e intereses del pueblo, entonces, los ciudadanos dependen de determinadas instituciones para que les informen acerca de la posición política de los diversos funcionarios, sobre la evaluación de políticas públicas, etcétera.

Al respecto, Owen Fiss sostiene que "en las sociedades modernas, la prensa organizada, incluida la televisión, es quizás la principal institución que desempeña este cometido, y para poder cumplir con estas responsabilidades democráticas, necesita un cierto grado de autonomía respecto del Estado".<sup>11</sup> Así, esta autonomía tiene una doble esfera: una económica, relacionada con el financiamiento, y otra jurídica, vinculada con la capacidad del Estado de silenciar a sus críticos a través de procesos penales, entre otros mecanismos, algunos de ellos más sutiles, de censura indirecta como la distribución de las pautas publicitarias del Estado.

Esto indica que cuanto mayor es la capacidad del Estado para acallar o amedrentar a la prensa, más daño se producirá al nervio deliberativo de nuestra democracia. En definitiva, los delitos de calumnias e injurias implican una censura indirecta: a través de

la irrazonable tipificación de estas acciones, serán los críticos quienes se verán silenciados en participación democrática, lo que acarreará claras y disvaliosas consecuencias para nuestro proceso deliberativo.

Es decir, a través de la criminalización de ciertos cursos de acción se corre el grave riesgo de que nuestro Estado silencie voces que pueden resultar críticas, y con ello constructivas, para los funcionarios del mismo. Se sostiene así que "ante la gravedad que tiene una sanción penal (en términos profesionales, familiares, personales, económicos, etcétera), la conducta más razonable de cualquier periodista, frente a la amenaza de sanción, será la de silenciar toda información que potencialmente pueda exponerlo a este riesgo".<sup>12</sup>

De esta forma, no sólo quedarán excluidas del debate público las informaciones que no son verdaderas, sino que serán también excluidas —lo cual resulta más grave— aquellas informaciones respecto de las cuales el periodista no tiene absoluta certeza de su veracidad, y aun aquellas que siendo verdaderas y contando con la certeza del periodista acerca de su veracidad, no existe certeza respecto de si podrán ser probadas como verdaderas en juicio. Así las cosas, "una porción significativa de la información sobre hechos de interés público quedaría excluida del debate público como consecuencia de la autocensura que se impondrían los periodistas profesionales —y la propia ciudadanía— ante el temor de terminar con una condena penal".<sup>13</sup>

## 2.2 Las limitaciones en la jurisprudencia nacional e interamericana

Esta concepción de la democracia, y con ella de la excepcionalidad en la limitación de la libertad de expresión, ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH).

Así lo ha expresado la Corte IDH al recordar que "la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada". Es, entonces, como consecuencia de la importancia crucial de esta libertad que "la Convención Americana otorga un 'valor sumamente elevado' a este derecho y reduce al mínimo toda restricción del mismo"<sup>14</sup>.

Posteriormente, la Corte Interamericana ratificó la doctrina reseñada en los siguientes términos: "La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente

informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.<sup>15</sup>

En esta dirección, no quedan dudas el rol privilegiado que le reconoce la Corte Interamericana al derecho a la libertad de expresión como pilar fundamental de una sociedad democrática y del Estado de derecho.

En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que “[...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”.<sup>16</sup>

En el caso “Herrera Ulloa”, la Corte IDH, determinó qué tipo de limitaciones son plausibles a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sostuvo al respecto que: “Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, éste puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”.

Respecto de estos requisitos, la Corte señaló que: “... la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la

ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. De este modo, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>17</sup>

En relación con la utilización del derecho penal, la Corte Interamericana expresó la necesidad de restringir al máximo posible su aplicación al considerar que resulta “el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto a una conducta ilícita”.<sup>18</sup>

Por tal razón, resulta claro que a los fines de justificar una restricción a la libertad de expresión no basta que alguna persona “se haya sentido afectada en su honor” por ciertas declaraciones o manifestaciones sino, además, si tal restricción podía ser justificada con base en “una necesidad social imperiosa”.

Esta especial protección a la libertad de expresión también ha sido recordada en numerosas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “... entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso, no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”.<sup>19</sup>

Es por estos motivos, y sobre la base de una concepción de un derecho penal mínimo, que atienda a los intereses más importantes de la sociedad, que proponemos derogar las figuras de calumnias e injurias y modificar, asimismo, la normativa civil en la materia.

### 3. Doctrina de la “real malicia”

Dado que la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos, el presente proyecto de ley, pretende plasmar legislativamente en materia civil un estándar diferenciado, en el caso en que las manifestaciones se dirijan hacia funcionarios públicos, figuras públicas o particulares.

Este es el fundamento de la doctrina conocida como “real malicia”, que ha nacido a partir de una importante decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos: “New York Times vs. Sullivan”.<sup>20</sup>

Esta doctrina supone que aquellos sujetos vinculados con el interés público deben soportar un mayor nivel de críticas. Esto, al menos en dos sentidos: por un lado, deben soportar una mayor cantidad de críticas y observaciones a sus acciones de carácter público; por el otro, estas críticas pueden ser más profundas y severas.

Sostuvo allí el juez Brennan que “a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos”. Tal como comenta Gargarella, “... la idea era que en todos los casos de libertad de expresión, pero especialmente en aquellos que tuvieran una clara implicación pública, era imprescindible asegurar un debate lo más amplio y robusto posible, protegiendo al extremo a los críticos del poder”.<sup>21</sup>

Este criterio ha sido compartido en numerosos antecedentes jurisprudenciales de nuestro tribunal superior.<sup>22</sup>

Para esta importante doctrina, la categoría “funcionarios públicos” incluye a “... todos aquellos que, revistiendo la jerarquía de empleados gubernamentales, tienen o aparentan tener ante el público una responsabilidad sustancial en la determinación o control de las conductas y actos que se adopten en los asuntos de gobierno”.<sup>23</sup>

Por otro lado, “figuras públicas” son “... todas aquellas personas que, sin ser funcionarios del gobierno, son ampliamente conocidas en la comunidad por su prestigio, publicidad, fama, por sus logros, actos u opiniones en las más variadas áreas sociales o temáticas, y que influyen sobre los grupos sociales que, además de no permanecer insensibles, les interesa conocer sus opiniones y conductas”.<sup>24</sup>

Por último, cuando nos referimos a “particulares involucrados en asuntos de interés público”, hacemos referencia a todos aquellos sujetos “que protagonizan acontecimientos de interés institucional o de relevante interés público”.<sup>25</sup>

Esta teoría también ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, en el ya citado caso “Herrera Ulloa”, la Corte Interamericana señaló lo siguiente: “La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, hay que distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político”. Esa Corte ha manifestado que “los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquél, inevitable y conscientemente, se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de

periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (artículo 10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas– y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”.<sup>26</sup>

Continúa la Corte sosteniendo que “en este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”.

Y concluye la Corte: “Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.<sup>27</sup>

Finalmente, en este sentido, el presente proyecto se inscribe en el marco del respeto al sistema interamericano de derechos humanos a partir del precedente de la Corte IDH “Kimel vs. Argentina”.<sup>28</sup> En el mismo, el ciudadano Eduardo Kimel había sido condenado a un año de prisión en suspenso, a pagar una indemnización por criticar la actuación de un juez en el caso de la “Masacre de San Patricio”, ocurrida durante la última dictadura militar. De esta forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió demandar al Estado argentino ante la Corte IDH.

Al fallar, este tribunal resolvió por unanimidad no sólo indemnizar al ciudadano y dejar sin efecto la sentencia condenatoria que sobre él recayó, sino, además, afirmar que correspondía “... adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (supra párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>29</sup>

A casi un año de la resolución del caso, resulta impropio el tratamiento de esta cuestión. La mora en

cuestión sigue enervando la responsabilidad del Estado argentino en el incumplimiento de las obligaciones internacionales por él contraídas y a las cuales ha reconocido jerarquía constitucional.

Segunda Parte: Los problemas constitucionales de la construcción del bien jurídico honor.

Del artículo 19 de la Constitución Nacional, se desprenden los principios de intimidad (en concordancia con el artículo 18), privacidad y lesividad. El alcance e interpretación que se les dé a estos principios serán el pilar del que surgirán las características de las precondiciones para la admisibilidad constitucional de las sanciones penales, no sólo en los casos concretos sino también en la construcción legislativa de los tipos penales.

Una interpretación sistemática y dinámica del texto constitucional debería indicar que –en sintonía con los principios liberales del constituyente de 1853-1860– el articulado mencionado opera como un límite infranqueable –no el único, sino el primero– a la intervención del Estado sobre la conducta de las personas. La fuente del artículo 19 de la Constitución Nacional se reconoce en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano que, establece –además de los prerequisites para la imposición de sanciones penales– la primera enunciación de límites al poder estatal para restringir derechos. Sin embargo, la recepción en el ámbito local de los artículos 4º y 5º del documento revolucionario plantea algunas particularidades que es preciso señalar: por un lado, en la Convención Constituyente de 1852 no existió debate alguno sobre la formulación del texto del artículo 19 de la Constitución Nacional, por otro, la redacción se separó de su fuente en la medida en que profundizó sobre los conceptos de privacidad e intimidad como límites adicionales a la intervención estatal, y en que adicionó la afectación al orden o a la moral públicas como causales habilitantes de la acción penal.<sup>30</sup>

Dado que el constituyente optó por una redacción extensiva del artículo 19 (al menos con relación a su fuente francesa) es posible pensar que en la concepción de los “padres fundadores”, las ideas de afectación al orden y a la moral pública tuviesen una función también extensiva del poder penal. En este sentido podría explicarse que todas las acciones no privadas serían susceptibles de conminación penal por vía legislativa, y que las privadas sólo serían susceptibles de pena y tipificación cuando afectasen a terceros al orden o a la moral pública.

Aunque esta lectura primigenia es posible, no parece ser la deducción más apropiada de un sistema de pensamiento liberal que se encuentra consagrado en el Preámbulo y en los artículos 14, 16, 17 y 18 (además del 19, claro está) de la Constitución Nacional y que como bien sabemos es el que se reconoce en las diferentes fuentes del pensamiento constitucional argentino. Pero, aunque se tratara de una interpretación válida, la lectura de la Constitución Nacional, debe ser

actualizada a la luz de la evolución del pensamiento constitucional y –fundamentalmente– de la Reforma de 1994 que incorporó, –además de nuevos derechos y mecanismos de protección–, nuevos principios y valores como la democracia y la igualdad en un sentido material, entre otros.

Así, desde esta nueva perspectiva, cabe analizar someramente el sentido del artículo 19 con el propósito de dotarlo de un contenido afín al sistema republicano de gobierno y a los principios políticos liberales en concordancia con los valores del respeto por los derechos humanos.

El mencionado artículo refiere –en apariencia– a tres supuestos en los que el Estado puede ejercer su *potentia puniendi*: la ofensa al orden, a la moral pública, y la afectación a terceros. Corresponde en principio analizar estos supuestos, observando algunas de las diferentes connotaciones que se le han asignado a las palabras elegidas por el constituyente.

Con una decodificación democrática, republicana y liberal, es absolutamente imposible entender que la expresión “moral pública” importe una moral determinada impuesta desde el Estado y que su afectación sea razón suficiente para la imposición de castigo. Es inconcebible, desde una perspectiva republicana, liberal y democrática, y en un sistema que tiene como eje principal la protección de la persona humana y el respeto por los derechos humanos, siquiera pensar en la potestad del Estado para imponer una moral en sentido unívoco, a menos que esta moral sea un imperativo ínter subjetivo que imponga el respeto por la autonomía de las personas y que asegure un espacio de autodeterminación.

La democracia –así entendida– es un sistema cuya fortaleza moral radica justamente en permitir la posibilidad del pleno ejercicio de la libertad y autonomía de las personas.

Esto tiene pleno sentido lógico, pues la adecuación de la conducta a determinados valores cuando es resultado de la absoluta ausencia de libertad para elegir conductas y valores diferentes, es una pretensión propia de los estados totalitarios que –fuera de los recursos propagandísticos y retóricos– no apelan a la perfección moral, sino a una comunidad total fundada en la obediencia irreflexiva.

Descartando la idea de moral pública como un imperativo de conducta privada determinada, se han construido conceptos no menos autoritarios, aunque sí más racionales, que gravitan sobre una noción sobreextendida de orden público y de la afectación al orden público como fundamento suficiente para la persecución penal. A estos también, corresponde excluirllos por su contradicción con los principios liberales y democráticos; cualquier idea de orden público que implique la veneración del orden entendido meramente como valor en sí mismo es repugnante a un sistema de valores en los que la propia persona humana sea un fin en sí mismo.

El respeto por el orden público debe ser concebido como valor instrumental que permite la realización de otros valores. Así, puede y debe ser protegido –incluso penalmente– sólo en la medida de que sea eficiente para la protección de otros valores reconocidos jurídicamente y en la medida de que su afectación suponga asimismo un riesgo para estos últimos.

Por último, el constituyente, tomando la fórmula de la Revolución Francesa, elaboró el concepto del principio de lesividad enunciándolo como afectación a terceros. Este principio es en realidad la piedra angular del sistema y el único fundamento aceptable del castigo, como luego se verá, no por que la punición proteja efectivamente a las personas, sino por que indica que es inaceptable la punición sin una lesión previa a éstas.

Con los límites y orientaciones de estos principios constitucionales, debemos construir dogmáticamente el concepto de bien jurídico y el de afectación a los bienes jurídicos como prerequisites elementales para la elaboración legislativa de los tipos penales.

En las siguientes líneas analizaremos brevemente algunas tensiones que existen en el pensamiento dogmático moderno sobre el problema de los bienes jurídicos con la intención de establecer, dogmáticamente, cual es el postulado teórico que mejor se corresponde con nuestro sistema constitucional.

El tratamiento teórico del problema de los bienes jurídicos supone necesariamente el estudio de la relación entre preceptos normativos y entidades del mundo real. Esto resulta por lo menos obvio, dado que incluso en las propuestas idealistas más radicalizadas, las penas se dirigen a personas de carne y hueso, y por que aún los valores más abstractos para ser protegidos (como pueden ser el orden público o incluso la vigencia de la norma) encuentran un correlato en la realidad que está encarnado por instituciones que funcionan –mal o bien– y que intervienen en el mundo generando resultados materiales. Esta descripción obvia, sin embargo, no ha sido jamás suficiente para la constitución de acuerdos teóricos sólidos.

La denominada Escuela de Kiel, sin pretender una construcción sistemática de una teoría del delito, fue la expresión más radicalizada del desprecio por el concepto de bien jurídico como exigencia mínima para la intervención punitiva del Estado. De hecho, en términos de Schaffenstein, el delito debe ser entendido como un quebrantamiento de un deber<sup>31</sup> y ese deber no sería deducido –según el pensamiento jurídico *Völkisch*– únicamente de la norma sino de una serie de abstracciones de difícil determinación. M. E. Mayer, desde el neokantismo, mantenía la vigencia de la defensa del orden como valor y conservaba en cierta manera algunas ficciones fundadas en abstracciones, al concebir al delito como contradicción de las *Kulturnormen*, entendida como normas de la cultura reconocidas por el Estado. Con estas líneas de pensamiento, queda claro que el objeto de la protección se

traslada automáticamente de la persona al Estado, con la consecuencia evidente de naturalizar las normas sin valorar su contenido y defender su obediencia sin relevar su aptitud para proteger –o vulnerar– a los seres humanos.

Aunque hoy la *Kielerschule* sea mayoritariamente repudiada por su filiación nazi, la defensa del orden como fin en sí mismo no es un discurso del pasado. Desde el funcionalismo penal en sus diferentes vertientes, se ha observado con agudeza y razón que la aplicación de penas no tiene un real poder tutelar sobre los bienes jurídicos y las personas, “el mal específicamente jurídico-penal de un homicidio –afirma Heiko Lesch– no es el cadáver de la víctima –ese daño es además irrecuperable–, sino el ataque del autor a la vigencia de la norma que prohíbe matar.”<sup>32</sup> La percepción de la ineficacia de las penas para tutelar los bienes jurídicos en tanto objetos (vida, propiedad, integridad física, etcétera) responde a un dato de la realidad y es verdaderamente inapelable. Pero con el propósito aparente de salvar la consistencia del sistema, los funcionalistas se han visto forzados a identificar otro objeto de tutela para las normas penales. Así, Günther Jakobs sostiene que “El derecho penal no cura las heridas infligidas por el autor, ni siquiera atribuye retribución del daño, sino que hace que al mal del hecho le siga un nuevo mal: la pena como un mal para el autor. Esta secuencia de dos males, irracional en su curso externo (Hegel), solamente puede ser comprendida como proceso comunicativo. Ya el mismo hecho no es tomado en su exterioridad sino [como] afirmación del autor de que él tiene derecho a configurar el mundo tal como sucede mediante el hecho, y la pena es la contradicción de esta afirmación, la pena es la contraafirmación [sic] de que el autor no es decisivo, de que su afirmación es falsa [...] El derecho penal tiene [entonces] la misión de asegurar suficientemente la vigencia estable de las normas centrales, imprescindibles para la existencia de una sociedad.”<sup>33</sup> En palabras de Lesch, el propósito de la pena es “atender y canalizar el desarrollo de las defraudaciones de expectativas para conseguir, ante todo, la posibilidad de un esperar normativo que supere las frustraciones contrafacticamente. No sólo para la persona afectada (defraudada) en el caso concreto, sino para cualquiera, en definitiva, para la Sociedad en su conjunto debe ser demostrado que el fallo se encontraba en el comportamiento del autor...”<sup>34</sup> Esta resignificación del concepto de bien jurídico –que se aparta del pensamiento ilustrado– responde fundamentalmente, a que se trata de un concepto lógicamente necesario como antecedente del consecuente que sería la sanción penal. De modo tal que, siendo imprescindible por su función lógica, no queda más remedio que rellenarlo con un contenido diferente, más maleable, menos preciso. Por otra parte, en el desarrollo de la construcción dogmática funcionalista se advirtió –al mismo tiempo de la ineficiencia de la pena como herramienta tutelar– que la construcción welzeliana del concepto de acción contenía referen-

cias a la significación social de la acción en términos comunicativos al mismo tiempo que receptaba al resultado como integrador de la propia acción final, hecho que –según se observó– correspondía más a una idea individual de la acción que a una noción social y que –por está razón– se trataba de una teorización con una suerte de herencia naturalista (causal). Purificando el concepto de acción y despojándolo de la idea de resultado, el funcionalismo evitaba el estorbo del bien jurídico lesionado al menos como límite elemental. Así, produjo una idea de acción con significación social en la que el resultado en términos de relación mecánica causa-efecto pierde importancia y lo que se releva es el aspecto comunicativo de la relación entre pena y delito.

Desde luego, tanto Jakobs como Lesch aceptan que la lesión al bien es una condición para la imposición de una pena, pero –según ellos– nunca puede funcionar como fundamento del castigo. Con este ingenioso movimiento deducen de la acción dos resultados diferenciados, la afectación a un bien y la lesión a la norma (ya sea como lesión a las expectativas, a la confianza o la vigencia del sistema normativo) y puesto que el fundamento de la pena es este último, pronto la norma deviene en un bien que debe ser protegido, permitiendo la conclusión tautológica de que la pena se funda en su aptitud para garantizar la vigencia de una norma que lo que justamente prescribe es una pena.

El resultado inevitable de esto es que la exigencia de la lesión a un bien (en términos naturales) se pierda, permitiendo que la lesión a la norma (relevada normativamente) sea –además de fundamento– condición suficiente para la conminación penal. Se construye, aunque no manifiestamente,<sup>35</sup> un concepto nuevo de bien y de tutela que puede traducirse en la noción de bien jurídico tutelado. Esta idea es realmente curiosa, pues es producto de la observación de que las penas no protegen bienes en tanto objetos y, sin embargo, no encuentra problemas en sostener algo de constatación imposible, como que la pena reafirma contráfácticamente la confianza en la norma. Desde luego esta conclusión incontestable no tiene pretensiones de describir un hecho social en sentido material, pero la renuncia manifiesta al anclaje en la realidad, lejos de ser una virtud es un grave defecto con nefastas consecuencias. Corresponde denunciar la ficción de que la pena protege los bienes, pero también corresponde denunciar y apartarse de propuestas que crean ficciones autorreferenciales, pues al igual que las remisiones falsas a la realidad, son inútiles, falsas y peligrosas para el ejercicio de políticas criminales.

Esto exige recuperar la noción de bien jurídico que se desprende del texto constitucional, de lo contrario “la ofensividad pasa a un segundo plano, opacada por la pretendida tutela, y como la tutela no se verifica (sino que se afirma deductivamente), se acaba debilitando la idea misma de bien jurídico, para caer en la minimización del concepto y terminar afirmando que la función del derecho penal se reduce a garantizar

la validez de las expectativas normativas. Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del estado.”<sup>36</sup> Esta noción de bien jurídico fundada en el pensamiento de Feuerbach<sup>37</sup> remite el concepto a la materialidad, y en la actualidad se puede enunciar como la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto.<sup>38</sup> Este concepto no es el que cabe defender por su aptitud para la consistencia lógica (que también la tiene) sino por su coherencia política con los principios políticos de nuestra Constitución y del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Su aptitud para contener el ejercicio irracional de castigo no se verifica únicamente en su funcionalidad política en la lucha contra los regímenes absolutistas en el siglo XIX, sino también en el hecho de que su desprecio y ausencia fueron –entre otras– condiciones jurídico-políticas necesarias para la legitimación de los totalitarismos del siglo XX.

El concepto de bien jurídico entendido como remisión a la realidad y la exigencia de su lesión (conflicto) como precondition del castigo, no tiene una relación exclusiva con la tutela penal, los bienes jurídicos se encuentran tutelados por todo el derecho y el hecho de su tutela no se prueba por la prescripción de sanciones. Por el contrario, la función penal atinente al concepto de bien jurídico es –como demuestra su génesis– que la pena no se extienda a espacios intolerables sin fundamentar ni legitimar la imposición de castigo; su función histórica y constitucional siempre fue limitar el ejercicio del poder punitivo y aunque su alcance sea moderado, ha sido eficiente a ese propósito, por lo que prescindir de él implica ceder espacios a expresiones autoritarias en la concepción del derecho.

Sobre este marco general que intenta de dotar de sentido (y contenido) al principio de lesividad y al concepto de bien jurídico afectado, debemos trabajar para hacer una evaluación de la admisibilidad constitucional de los tipos penales, comenzando por la pregunta sobre ¿qué es lo que la conducta típica se presume que lesiona? En el análisis del bien jurídico honor, pronto advertimos que se trata de un concepto vago, difuso y de difícil determinación. El honor puede ser entendido como el autoestima de la persona, con lo que quedaría definido subjetivamente en sentido puro, variando éste de sujeto en sujeto, pues nuestras percepciones de nosotros mismos nunca pueden ser idénticas, además, claro está, de que tampoco somos idénticos en sustancia. Pero el honor, también puede ser entendido como una matriz objetivo-subjetiva, que releva las aptitudes particulares de los sujetos, pero esta vez, objetivadas. Así, bien podríamos decir que los títulos y reconocimientos de una persona son constitutivos de un estatus especial que debería ser protegido de manera diferenciada.

En el caso de la construcción subjetiva pura del concepto, nos enfrentamos al problema de la imposibilidad radical de que las personas a las que está dirigida la norma puedan motivarse en ella, pues es imposible conocer a priori el sistema de valores de un

sujeto, o adivinar cuáles son sus sensibilidades especiales y graduar su amor propio. Esta imposibilidad radical importa la ausencia absoluta del elemento cognitivo del dolo, volviendo irracional la construcción del tipo (al menos esto se advierte de modo manifiesto en el delito de injurias). Diferente es la situación de la construcción objetiva-subjetiva. En esta construcción conceptual reconocemos un serio problema de igualdad en la medida en que aquellos cuya reputación se presume superior gozan de una pretendida mayor protección penal. Según este esquema, además, las pautas “objetivas” por las que se mide el honor de una persona no son para nada claras, de hecho la medida objetivada responde a criterios de validación que pueden ser objetivos en el sentido de que un tercer observador imparcial podría constatar que un sujeto determinado es médico, o que otro ha sido reconocido con un Premio Nobel, sin embargo, la valoración especial de estas circunstancias no tiene nada de objetivo. El Premio Nobel puede ser intelectualmente deshonesto y el médico un jugador compulsivo, sin que nada de esto (ni sus títulos ni sus “vicios”), diga mucho de su personalidad y de su aptitud para ser ofendido. Por otra parte, en diferentes ámbitos, los criterios para la validación del estatus de una persona pueden variar pues las sociedades –afortunadamente– son más bien heterogéneas y en ellas conviven diferentes sistemas de valores, con la previsible consecuencia de que los que resulta lesivo al honor en determinados círculos, pueda ser completamente inocuo en otros.

De igual forma, se han sostenido intentos de concebir una idea mixta de honor que releva la matriz objetivo-subjetiva y la subjetiva como autovaloración. Así, Mezger explicó que “el bien jurídico honor abarca tanto la apreciación valorativa objetiva de la persona realizada por otros, como el propio sentimiento de honor; uno y otro son, al mismo tiempo, objeto del ataque y de la protección del agravio. [...] Si se exigiera siempre como presupuesto del castigo, una lesión del honor, su protección con arreglo a derecho sería aún más insuficiente de lo que es.”<sup>39</sup> Con este esquema, el autor alemán no hace más que reconocer que admite los supuestos de delitos sin lesión y que en su construcción genera un postulado que, lejos de salvar a los conceptos subjetivos y objetivo-subjetivo de sus respectivos problemas, cae presa de todas las críticas que se le puedan hacer a cada uno de esos modelos.

Una variación explicativa y justificante de estos modelos que se destaca por su aparente consistencia y originalidad merece ser mencionada aparte, Ghünter Jakobs<sup>40</sup> entiende que las lesiones al honor suponen afectación a las personas por un camino muy particular, según él, dado que en las relaciones sociales existen diversos mecanismos de poder y sancionatorios que exceden al poder penal, las afirmaciones falsas sobre una persona permitirían sanciones informales injustas, costos, en este sentido, que son evitados por una norma que asegura que la expresiones volcadas en la comunicación social sean verídicas, garantizando

así la expectativa de que lo que se escuche sea cierto. Esta comprensión del problema guarda coherencia con todo el pensamiento funcionalista sistémico que reserva un espacio particularmente destacado a los efectos comunicacionales de las acciones humanas y de las respuestas del Estado. Sin embargo, cabe señalar que en nuestro sistema, y probablemente en muchos otros, la codificación no defiende a través del tipo de injuria, el valor de verdad de las afirmaciones volcadas, pues los supuestos en los que autor puede demostrar que lo que ha dicho es cierto y con eso eximirse de pena son realmente excepcionales. La respuesta de Jakobs de que de esta manera el sistema protege, la expectativa de que la información que circula sea verdadera y que, al mismo tiempo, se protege a la persona en su integridad moral, resulta insuficiente a los fines de aceptar su teoría. Aquí, ocurre, algo parecido a lo que sucede con las pretensiones eclécticas de Mezger y de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre<sup>41</sup>, tal como fue señalado antes. En este caso, Jakobs, al intentar salvar la consistencia de su postulado haciéndolo más “ecléctico”, cae en el problema de que debe responder a todas las críticas, tanto las que indagan sobre el concepto de honor personal como las que alertan sobre los problemas de tratar al honor como cuestión de orden público.

Existe, por último, otra alternativa constructiva del concepto de honor que es aún más deficiente que las anteriores. Según este modelo, es posible concebir una idea de estándar medio de honor que nos permitiría determinar cuándo una expresión –por su contenido objetivo– resulta lesiva a la autovaloración o a la protección de la personalidad de un sujeto y cuando no. El problema de esta concepción es que los estándares medios no existen, se verificarán –por casualidad– en algunas personas pero nunca en todas, y siempre suponen la defensa estatal de un unívoco sistema de valores que supone la intolerable imposición de una moral estatal. Podríamos advertir que existen expresiones –sean verdaderas o no– que pueden resultar ofensivas para determinadas personas en determinados círculos; así, la afirmación de que una persona es homosexual o promiscua, puede resultar lesiva en la proyección de su personalidad, pero esto ocurre por que, de acuerdo con algunos particulares sistemas de valores involucrados, la estructura de familia tradicional, la monogamia y la pareja heterosexual son valores centrales que supuestamente deben ser custodiados por el Estado. La tutela penal de un modelo moral específico ya hemos visto que debe ser repudiada por su vocación perfeccionista absolutamente incompatible con un Estado democrático y plural; corresponde, entonces, rechazar tanto esa tutela como configuración en sentido negativo (sanción de conductas “desviadas”) como en su faz de configuración en sentido positivo (especial valoración de determinados modelos de conducta con la consecuente sanción a las imputaciones de comportamientos diferentes). La idea de “honor” medio u objetivo supone necesariamente una valoración especial de determinados modelos de conducta, siendo

éstos protegidos especial y favorablemente por sobre otros. Para un Estado democrático no puede haber “honor” en una determinada concepción de familia, en un determinado comportamiento sexual o en un determinado hábito social; las conductas no lesivas son moralmente neutras para el Estado y esto impide de manera absoluta la construcción de un único concepto de honor.

Es interesante aquí relevar la genealogía del bien jurídico honor y de los tipos penales que se deducen de su lesión, pues el tipo de injuria complementaba al de calumnia (al abarcar la imputación de delitos de acción privada) y permitía a las personas un supuesto mecanismo de protección del honor subjetivo (autovaloración) y objetivo (reputación) cuando el mismo Código prohibía los duelos de honor, mecanismo tradicional de preservación de las ofensas. Tejedor, por su parte, también incorporaba en su codificación otras remisiones valorativas que complementaban y sirven para la interpretación del histórico concepto de honor. Tales son los casos de la atenuación de la pena a la mujer infanticida cuyo fin fuese “ocultar la deshonra” (artículo 214 Código de provincia de Buenos Aires), dejando en claro que el embarazo de una mujer soltera era una situación deshonrosa, la reducción de la escala penal para la mujer que siendo de buena fama, abortase para ocultar su fragilidad o la diferencia de pena prevista para la violación según si la víctima fuese “mujer honesta” o “mujer prostituta”. Estos elementos valorativos estrechamente ligados a una concepción elitista, patriarcal y misógina del honor, revelan en qué medida el sentido de las voces del código debe ser reformulado, depurado y esclarecido.

No cabe argüir que se trata de concepciones vetustas y que el término honor ahora ha sido enriquecido con valores igualitarios propios de una sociedad democrática. La remisión valorativa existe y esto queda tan claro que aun en la labor doctrinaria se advierte cómo las ejemplificaciones sobre los supuestos de lesión al honor en varones y mujeres tienden a tener una vocación sorprendentemente sexista. Esta aptitud del bien jurídico honor para receptor las peores [des]calificaciones debe ser plenamente dimensionada en su tratamiento teórico y político, situación que el Poder Legislativo no puede dejar de lado.

Además, la exclusión de la protección penal del “honor” no implica indefensión, no sólo porque creemos necesario preservar mecanismos de reparación civil, sino porque la materia que se intenta proteger también puede ser defendida por medio de la protección de la privacidad. Así, los daños en la imagen o autoestima de una persona, producidos por la imputación de ciertos hábitos como pueden ser determinadas

preferencias sexuales, costumbres heterodoxas o hábitos incomprensidos, pueden ser reparados teniendo como fundamento jurídico la prohibición de las invasiones a la privacidad. De este modo, se consigue evitar la asignación de carga axiológica a conductas que para la moral pública deben ser neutras y prescindir de remisiones al valor de veritativo de las afirmaciones/imputaciones en cuestión. Tratada de este modo, la aseveración de que una persona ejerce la prostitución en su tiempo libre, exige reparación por tratarse de un asunto privado, siendo innecesario que el Estado califique valorativamente al ejercicio de la prostitución e irrelevante que la acusación se funde —o no— en la realidad.

Aun dejando de lado los serios problemas constitucionales que el bien jurídico honor y su supuesta protección penal generan, es imprescindible relevar en la función legislativa de elaboración de un programa criminal, el hecho palmario de que las denuncias por calumnias e injurias son pocas y que las condenas son casi inexistentes, lo que implica que, o bien el mecanismo protectivo es tan eficaz que las personas no se insultan ni difaman ni se imputan falsamente la comisión de delitos, o bien estos sucesos no tienen, en la generalidad de los casos, la entidad suficiente para promover procesos penales, lo que consideramos una interpretación más acertada del fenómeno. Sobre esto, además, los pocos procesos penales iniciados, rara vez terminan en condenas, lo que hace pensar que desde “el derecho vivo”, la construcción de los tipos penales del título II del Código Penal vigente, no resulta demasiado precisa ni eficaz. Paradójicamente, quienes más acuden a estas figuras son quienes desarrollan funciones públicas, es decir, aquellas personas que deberían tolerar un escrutinio público mayor de sus acciones. Y por otro lado, quienes mayormente son imputados, son quienes ejercen el periodismo, es decir, que entra en juego la libertad de expresión a que nos refiriéramos anteriormente, como pilar de la democracia deliberativa.

Es una exigencia de la racionalidad republicana y del derecho penal liberal que la imposición de penas sea una *ultima ratio* del sistema, dado que se exige cierta proporcionalidad entre los daños producidos y las penas aplicadas y, en la medida en que la privación de la libertad —aunque sea por poco tiempo— es una severísima afectación a los derechos de las personas, el daño debe ser de entidad suficiente como para justificar tamaño reacción estatal.

Pero, además, corresponde prescindir de la sanción penal —no sólo práctica sino también programáticamente— cuando es groseramente inidónea para el fin perseguido. Esta falta de idoneidad no es un hecho de los últimos decenios; en los primeros años de vigencia del Código Penal, hay registro de la celebración de cientos de duelos de honor, que pese a estar prohibidos eran considerados medios bastante más eficaces para la protección y reparación de los daños a la reputación. A tal punto sucedía esto que en los debates

legislativos en ocasión de la sanción del Código de 1887, la discusión acerca de la despenalización de los duelos de honor, ocupó un espacio importante y aunque finalmente no hubo despenalización, la práctica del duelo como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se prolongó en el tiempo. Lo que hizo que la práctica del duelo cayera en pleno desuso no fue la protección penal del honor sino la revalorización de los bienes jurídicos vida e integridad física, por sobre el difuso bien honor.<sup>42</sup>

En cierta medida todas estas cuestiones han sido relevadas por la Corte Interamericana, cuando entiende que “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, punibles dando pleno sentido al principio de legalidad penal. [...] La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales [...] Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”<sup>43</sup>. Repudiando, así, de modo manifiesto la vaguedad y las remisiones valorativas en la construcción legislativa de los tipos penales.

Asimismo, se desprende del párrafo citado, el lugar de la cláusula de *ultima ratio*, reafirmada en el caso Kimel cuando la Corte Interamericana indicó que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.<sup>44</sup>

Aunque, en principio, las objeciones que se han formulado hasta aquí tienen plena vigencia para el tipo contenido en el actual artículo 110 del Código Penal, puede no parecer lo mismo para el del artículo 109 (calumnias). El tipo de calumnias, es cierto, describe con precisión la conducta prohibida delimitando acertadamente el espacio abarcado por la norma. Sin embargo, en la medida de que su pretensión tutelar descansa en el bien jurídico honor, corresponde al trabajo legislativo cundir la alarma en lugar de deducir de la redacción del tipo, otro bien jurídico (esta vez más claro y tolerable) que en el Código no aparece. Sobre los legisladores no pesa, a diferencia de los jueces, el deber de salvar la constitucionalidad de las normas incluso haciendo retorcidas interpretaciones. Los legisladores debemos intervenir allí donde detectan una norma inconstitucional, injusta, o simplemente inconveniente.

El tipo de calumnias es intolerable por su remisión al honor, pero también lo es por la falta de proporción que supone la reacción penal, por su fracaso político-criminal y porque, aunque la descripción sea clara, la ausencia de conexión sería entre la conducta y una lesión grave a un bien jurídico (suficientemente serio) amerita una señal de alerta.

También, podrá decirse que el concepto honor está enunciado por la propia Convención Americana en su artículo 11, pero entendemos que se trata de un concepto que denota una universalidad constituida por todos los derechos fundamentales, es decir, honra como dignidad humana. Una acepción de honor como bien jurídico que se ve lesionado con la lesión a cualquiera de los otros derechos fundamentales. Por lo que la derogación del título II del Código Penal no supondría contradicción alguna con el texto de la Convención, máxime habida cuenta de las llamadas de atención de la Corte Interamericana sobre la aptitud de las sanciones penales para proteger los derechos inculcados.

Asimismo, recogiendo lo expresado por el diputado Prieto en el expediente 5.144-D.-2008, corresponde entender que “Para que el debate político sea lo más satisfactorio posible es importante que todas las voces puedan estar presentes, que todas las voces puedan escucharse. En este sentido, el profesor estadounidense Owen Fiss ha sugerido que el Estado debiera erigirse como un moderador de la palabra. Así destaca que en los grandes debates, el Estado debiera silenciar a quienes poseen el monopolio de los micrófonos y acercar un megáfono a quienes no tienen los medios materiales para hacer oír sus voces. Sin lugar a dudas, la reglamentación del derecho de réplica tiene una impronta menos ambiciosa que la enunciada, pero se enmarca dentro del mismo paradigma: ante informaciones inexactas atribuidas a una persona, se brinda la posibilidad de rectificación.

Esta posibilidad de rectificación no sólo imprime una satisfacción para quien se ha visto ofendido, sino también es un perfeccionamiento del debate democrático. En el oscuro laberinto del juego político, el monopolio de las luces puede que ilumine el camino hacia salidas que impliquen nuevos laberintos, es decir, hacia no salidas.

Ahora bien, si desde el discurso que legitima la libertad de expresión, se estima conveniente que todas las voces puedan expresarse –igual se aclara nuevamente que el derecho de rectificación no se erige con tal entidad–, desde el discurso sociológico, que ve en los medios de comunicación una poderosa herramienta de control social, también resulta interesante la distribución de la palabra –en este caso permitiendo la réplica–.

Desde la Escuela de Chicago –que tal vez sea la tradición más conservadora dentro de la sociología– quien más se ha ocupado del asunto de la opinión pública y de los medios masivos de comunicación fue Robert Ezra Park. Sin dudas, la mayor preocupación

de los autores de la Escuela de Chicago era el mantenimiento del orden, la ausencia de conflicto, para lo cual Park proponía un control social a partir de la comunicación –que estaría encargada de imponer los supuestos valores colectivos en las conciencias individuales–. De hecho, la idea de control social muestra que la estrategia de la Escuela de Chicago ha sido idear mecanismos de control por fuera del Estado –por eso el mote de social–.

Así como la Escuela de Chicago recomendó a la comunicación –y a los medios de comunicación– como herramienta para el control social, desde otras tradiciones teóricas se impugnó a los medios, justamente, por tal actividad de control. Tal vez la denuncia más potente haya sido la proferida por la llamada “Escuela de Frankfurt”. Dentro de esta tradición –que a la tradición marxista le complementará una fuerte impronta del estudio cultural– cobra relevancia la noción de “Industria Cultural” acuñada por Adorno y Horkheimer a mediados de la década de 1940. Básicamente, la noción de industria cultural polemiza con una supuesta (democrática) cultura de masas, y propone que la masificación de los medios obedece a una necesidad de distraer el descontento que genera la situación de vida material –a la vez de sujetar el tiempo libre del obrero a las trampas del mismo sistema que lo reprime–.

Un embate también robusto hacia los medios de comunicación parece surgir del filósofo argelino Louis Althusser –quien intentó compatibilizar el estructuralismo con la tradición marxista–. En una famosa obra, se preguntaba cómo era posible la reproducción del sistema capitalista aun cuando eran ineludibles los perjuicios que éste conlleva. En este contexto, acuñó la noción de “Aparatos Ideológicos del Estado”, aludiendo a aquellas instituciones que imponían la ideología de la clase dominante. Dentro de estos aparatos, estaban los medios de comunicación.

Ya observamos que dentro de la ciencia y la filosofía política, era posible sostener la regulación del derecho de réplica. En pos de un debate democrático robusto –como requisito del sistema democrático– resulta satisfactorio un mecanismo que rectifique las informaciones falsas. Desde las tradiciones sociológicas también es posible justificar este tipo de mecanismos. Sin duda –y en especial desde las tradiciones marxistas– que los medios de comunicación no dejarán de ser vistos como poderosas herramientas de control social, pero sí puede pensarse que la apertura de tales mecanismos se erige como un espacio de disputa en el ejercicio de tal control –aunque, en este caso, acotado a informaciones difundidas de modo impertinente–.

Por las razones expresadas, se solicita la aprobación del presente proyecto de ley.

#### NOTAS

<sup>1</sup> Corte IDH; 2/5/2008; “Kimel vs. Argentina”, punto resolutivo N° 11.

<sup>2</sup> Libro Segundo. De los Delitos.

<sup>3</sup> Código Penal. Ley 11.179. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 30-sep-1921. Publicada en el Boletín Oficial del 03-nov-1921. Número: 8300.

<sup>4</sup> Código Civil. Ley 340-Honorable Congreso de la Nación Argentina. 25-sep-1869. Observaciones: publicado en R.N. 1863/69, pág. 513.

<sup>5</sup> Artículo incorporado por artículo 1° de la ley 21.173, B.O. 22/10/1975.

<sup>6</sup> Roberto Gargarella, *Teoría y crítica constitucional*, tomo II, comp. Buenos Aires, 2008.

<sup>7</sup> Las restricciones en el derecho a voto así como los requisitos para ser legislador o presidente son pruebas concluyentes de esto, pero también este espíritu aristocrático aparece en el propio Alberdi y se ve de forma radical en el pensamiento de James Madison.

<sup>8</sup> Esta postura es sostenida por A. Meiklejohn en “The First Amendment Is an Absolute”, publicado en The Supreme Court Review, 1961.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 5.

<sup>10</sup> Ver Caso “Rimel”, párr. 88.

<sup>11</sup> Fiss, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1996, pág. 71.

<sup>12</sup> Santiago Felgueras, “El derecho a la libertad de expresión y las convenciones internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas pendientes”, en AA.VV. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década”, Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 2007, págs. 929-964.

<sup>13</sup> Santiago Felgueras, “El derecho a la libertad de expresión y las convenciones internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas pendientes”, en AA.VV. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década”, Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 2007, págs. 929-964.

<sup>14</sup> Caso “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, resuelta el 13/11/1985, OC 5/85, párr. 71; ver, en el mismo sentido del mismo Tribunal, el caso “Ivcher Bronstein”, sentencia del 6/2/2001, párr. 148.

<sup>15</sup> Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas*, supra nota 85, párr. 70.

<sup>16</sup> Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 85, párr. 152; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), supra nota 85, párr. 69; Eur. Court H.R., Case of Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, Judgement of 13 February, 2004, para. 29; Eur. Court H.R., Case of Perna v. Italy, Judgment of 6 May, 2003, párr. 39; Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria, Judgment of 26 February, 2002, párr. 37; Eur. Court H.R., Case of Lehideux and Isorni v. France, Judgment of 23 September, 1998, párr. 55; Eur. Court H.R., Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Judgment of 20 September, 1994, Series A no. 295-A, párr. 49; Eur. Court H.R. Case of Castells v Spain, Judgment of 23 April, 1992, Serie A. No. 236, párr. 42; Eur. Court H.R. Case of Oberschlick v. Austria, Judgment of 25 April, 1991, párr. 57; Eur. Court H.R., Case of Müller and Others v. Switzerland, Judgment of 24 May, 1988, Series A no. 133, párr. 33; Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, párr. 41; Eur. Court H.R., Case

of Barthold v. Germany, Judgment of 25 March, 1985, Series A no. 90, párr. 58; Eur. Court H.R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 29 March, 1979, Series A no. 30, párr. 65; y Eur. Court H.R., Case of Handyside v. United Kingdom, Judgment of 7 December, 1976, Series A no. 24, párr. 49. Cfr. African Commission on Human and Peoples' Rights, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, Communication Nos 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, párr. 54.

<sup>17</sup> Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas*, supra nota 85, párr. 46; ver también Eur. Court H. R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom, supra nota 91, párr. 59, y Eur. Court H. R., Case of Barthold v. Germany, supra nota 91, párr. 59.

<sup>18</sup> Ver Caso Rimel citado.

<sup>19</sup> Cfr., entre otros, casos "Abal c./La Prensa"; "Sánchez Abelenda c./Ediciones de La Urraca"; "Menem c./Editorial Perfil" y "Baquero Lazcano"; cit.

<sup>20</sup> 376 US 255 de 1964.

<sup>21</sup> Roberto Gargarella, *Teoría y crítica constitucional*, tomo II, comp. Buenos Aires, 2008.

<sup>22</sup> Ver *Fallos* CS, 319:2741 (La Ley, 1996-E, 328), entre otros en idéntico sentido.

<sup>23</sup> Badeni, G., "Las doctrinas 'Campillay', y de la 'real malicia' en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia"; La Ley, 2000-C, 1.244.

<sup>24</sup> Ob cit.

<sup>25</sup> Ob. cit.

<sup>26</sup> Cfr. Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria, supra nota 91, párr. 39; Eur. Court H.R., Case of Lingens vs. Austria, supra nota 91, párr. 42.

<sup>27</sup> Ver en el mismo sentido del mismo Tribunal, caso "Canese v. Paraguay", sentencia del 31/8/2004, párr.102, caso "Palamara Iribarne", sentencia del 22/11/2005.

<sup>28</sup> Corte IDH; 02/05/2008; "Kimel vs. Argentina".

<sup>29</sup> Punto 11 del resolutorio.

<sup>30</sup> Esta noción de orden público en realidad es más moderna y probablemente por eso es que no fuera siquiera mentada en la declaración de derechos y deberes del hombre y del ciudadano. De hecho, en nuestra Constitución fue incorporada a petición del convencional Pedro Ferré y tampoco reconocía antecedentes en el derecho local.

<sup>31</sup> Schaffenstein, *Des Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935.

<sup>32</sup> Heiko Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1995.

<sup>33</sup> Jakobs, *La imputación objetiva*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1994.

<sup>34</sup> Lesch, op. cit.

<sup>35</sup> Günther Jakobs no recurre jamás a la fórmula de bien jurídico tutelado, pero nos parece que es la que mejor denota la idea de que la pena protege, asegura o garantiza "algo". Aunque ese "algo" sea la vigencia de la propia norma.

<sup>36</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, parte general, Ediar 2003, párr. 128.

<sup>37</sup> En rigor de verdad la expresión "bien jurídico" pertenece Birnbaum, pero los elementos que dan contenido al concepto ya se encontraban en el pensamiento liberal de Feurebach.

<sup>38</sup> Así, Sina y Zaffaroni.

<sup>39</sup> Edmund Mezger, *Derecho penal*, Buenos Aires, 1958, pág. 143.

<sup>40</sup> Günther Jakobs, "La misión de la protección jurídico-penal del honor", en *Estudios de derecho penal*, 1997.

<sup>41</sup> El autor español expuso su concepto mixto en "Revisión del bien jurídico honor", *Anuario de derecho penal y ciencias sociales*.

<sup>42</sup> Sobre este punto ver Gayol, Sandra, *Honor y suelo en la Argentina moderna*, Buenos Aires, 2008.

<sup>43</sup> Caso Castillo Petrucci y otros citado por la Corte Interamericana en el precedente "Kimel" párr. 63.

<sup>44</sup> Corte Interamericana, Caso Kimel, párr. 76.

Claudia F. Gil Lozano.

### III

#### Dictamen de minoría

##### Honorable Cámara:

La Comisión de Legislación Penal ha considerado el proyecto de ley del Poder Ejecutivo nacional 25-P.E.-2009 (mensaje 1.243/09) sobre sustitución de los artículos 109, 110, 111, 113, 117 y derogación del artículo 112 del Código Penal, y por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante se aconseja la sanción del siguiente.

##### PROYECTO DE LEY

##### El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º – Incorpórase el artículo 111 bis del Código Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 111: La difusión de información y/o de juicios de valor que, realizada por cualquier medio periodístico, versare sobre hechos de interés público y estuviere referida a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y/o a personalidades públicas que se involucren en cuestiones de relevante interés público, sólo será punible si el denunciante o querellante probare la intención de difundir una falsedad y/o la absoluta despreocupación del medio periodístico por corroborar la veracidad de la información y/o juicio de valor difundido.

Art. 2º – Modifícase el artículo 113 del Código Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 113: La publicación y/o reproducción por cualquier medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, de injurias y calumnias inferidas por un tercero, sólo será punible si el denunciante o querellante probare algunas de las siguientes omisiones referidas a la publicación y/o reproducción:

a) Que la misma no resulta fiel y no se ha atribuido en forma directa a una fuente;

- b) Que no se ha mantenido en reserva la identidad de las personas involucradas;
- c) Que la misma no se ha realizado en términos potenciales y no asertivos.

En los casos en que medie la prueba requerida al denunciante o querellante en el párrafo precedente, el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

Art. 3º – Modifícase el artículo 1.089 del Código Civil de la Nación Argentina, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.089: Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir en sede civil una indemnización pecuniaria, si probare que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el imputado no probare la verdad de la imputación. Estará exenta de responsabilidad civil la imputación realizada por opiniones o comentarios vertidos contra funcionarios públicos en virtud de actos u omisiones realizadas en el ejercicio de sus funciones y/o la imputación realizada en virtud de la difusión de información y/o de la emisión de juicios de valor, por cualquier medio periodístico, referidos a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en la medida en que el reclamante no probare, además del daño efectivo, las pruebas exigidas en tales supuestos por los artículos 111 y 111 bis del Código Penal de la Nación Argentina.

Art. 4º – Derógase el artículo 114 del Código Penal de la Nación Argentina.

Art. 5º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de la comisión, 13 de octubre de 2009.

*Pedro J. Azcoiti. – Rubén O. Lanceta.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

El presente proyecto de ley tiene como objetivo ajustar las disposiciones de los Códigos Civil y Penal de la Nación referidas a los delitos de injuria y calumnia, a los principios de la Constitución Nacional, a los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional y a los recientes fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a la protección del derecho a la libre expresión.

Cabe destacar que en un reciente fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) condenó al Estado argentino por la sentencia judicial impuesta al periodista Eduardo Kimel a raíz de su investigación sobre la masacre de cinco religio-

sos palotinos cometida en Buenos Aires durante la última dictadura militar.

El fallo unánime de la CIDH, dispone que la condena contra Kimel debe ser dejada sin efecto y la legislación argentina reformada a fin de “satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica”, de modo que no afecte “el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

La CIDH condenó la actuación del Estado argentino, sosteniendo que al aplicar su legislación con criterio distinto de los organismos internacionales había incurrido en abuso de poder punitivo sancionando penalmente a Kimel por el delito de injurias.

El tribunal internacional reiteró su doctrina en el sentido de que la opinión como tal no es injuria o calumnia en su caso, y no puede ser objeto de sanción, más aún cuando es vertida como un juicio de valor sobre un acto oficial llevado a cabo por un funcionario público en el desempeño de su cargo.

Como consecuencia de ello, instó al Estado argentino a modificar en un tiempo razonable su legislación penal sobre calumnias e injurias, de modo de adecuarla a formas que respeten la protección amplia del derecho a la libertad de expresión, conforme a los estándares internacionales.

Se trata de una ratificación del principio según el cual no existe el delito de opinión y los funcionarios públicos deben soportar críticas en el ejercicio de sus funciones por ser la libertad de expresión en general, y la de opinión y crítica en particular, pilares de la convivencia democrática frente al cual deben ceder otros derechos.

En concordancia con el espíritu que ha orientado el reciente fallo de la CIDH, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido “Costa” (*Fallos*: 310:508), resuelto en 1987, señaló que como los funcionarios públicos tienen mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones, ello justifica el exigirle una mayor carga probatoria del factor de atribución imputable al medio de prensa que la comúnmente exigida a los particulares.

De tal modo, el referido caso introduce en nuestro país la doctrina norteamericana de la “real malicia”, cuyo fundamento es proteger la libertad de prensa en asuntos atinentes a la cosa pública –a fin de que la ciudadanía pueda controlar a sus gobernantes– o que tengan relevancia para el interés general y, conforme a ella, los medios de comunicación sólo serán responsables por la divulgación de noticias falsas sobre funcionarios públicos o figuras públicas en temas de interés general si obraron con la expresa finalidad de difundir una falsedad o con absoluta despreocupación en corroborar la veracidad de la información. Esta doctrina considera que en la divulgación de información relacionada con temas de interés público la información inexacta o agravante para los funcionarios o figuras públicas que se encuentran involucrados en casos de interés público es un riesgo que es necesario permitir a

fin de evitar que la prensa se autocensure. Esta doctrina ha sido mantenida hasta la actualidad conforme los más recientes casos (“Guerineau c/La Gaceta S.A.”, sentencia del 15-4-2004, *La Ley*, 2004, “M., A. I. c/Arte Gráfico Argentino S.A. y otro”, sentencia del 16-5-2006 y el más reciente “Patito, José Angel, y otro c/Diario La Nación y otros”, de fecha 24 de junio de 2008).

En línea con lo expuesto, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo del año 1986, ha sentado la denominada “doctrina Campillay” según la cual la atribución directa de la noticia a una fuente y su fiel reproducción, el mantenimiento en reserva de la identidad de las personas involucradas en el hecho ilícito o bien la formulación de la información en términos potenciales y no asertivos, resultan suficientes para eximir de responsabilidad a los medios de comunicación.

Las disposiciones del presente proyecto se fundan en la necesidad de modificar la legislación penal en materia de delitos contra el honor y civil en materia de las responsabilidades emergentes de los daños que puedan ser provocados, siguiendo los principios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reconocidos, entre otros, en los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en esta materia.

La idea básica con que el proyecto busca sacar las correctas consecuencias de la protección jurídica “débil” de que gozan los funcionarios públicos y personas equiparadas frente a la crítica de cualquier especie concerniente a su obrar, consiste en hacer pasibles sólo de sanciones civiles a los casos de informaciones falsas y producidas con real malicia, en el sentido dado a esta categoría por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. (v. “New York Times v. Sullivan” [376 U.S. 254]) que –al menos en algunos casos– ha sido receptada por nuestro alto tribunal.

Por tal motivo se propone incorporar al Código Penal de la Nación Argentina, mediante la redacción del artículo 111 bis la doctrina de la real malicia, que fuera ya consagrada por nuestro máximo tribunal en los mencionados fallos.

Asimismo, la modificación de la actual redacción del artículo 113 del Código Penal de la Nación Argentina supone la plena incorporación al referido código de la denominada “doctrina Campillay”, cuyos alcances han sido explicitados precedentemente.

Finalmente, se propone la modificación del artículo 1.089 del Código Civil de la Nación en cuanto a la exención de responsabilidad civil del imputado, siempre que la imputación sea realizada por opiniones o comentarios vertidos contra funcionarios públicos en virtud de actos u omisiones realizadas en el ejercicio de sus funciones y/o la imputación realizada en virtud de la difusión de información y/o de la emisión de juicios de valor, por cualquier medio periodístico,

referidos a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en la medida en que el reclamante no probare, además del daño efectivo, las pruebas exigidas en tales supuestos por los artículos 111 y 111 bis incorporado al presente proyecto.

Por otra parte resulta de importancia destacar que se ha tomado como antecedente el proyecto elaborado con la colaboración de la Asociación Periodistas y el gobierno nacional en el año 1999, que planteaba la eliminación de las trabas penales que limitaban la labor periodística e incorporaba la doctrina de la “real malicia”.

Dicho proyecto, que fuera presentado en este Congreso de la Nación por parte de los senadores José Genoud y otros, fue el resultado de una solución amistosa a la controversia planteada ante la Organización de Estados Americanos (OEA) entre el columnista de *Página/12* Horacio Verbitsky y el gobierno nacional.

La controversia produjo distintas audiencias, la primera de ellas que fue presidida por el titular de la Comisión de Libertad de Prensa de la Cámara alta, José Romero Feris, contó con la participación del entonces ministro de Justicia Ricardo Gil Lavedra; de Horacio Verbitsky, en representación de la Asociación Periodistas; del senador Pedro del Piero, del Frepaso; de Santiago Cantón, relator de la OEA para la Libertad de Prensa, y de Gregorio Badén, constitucionalista y asesor de la Asociación de Entidades Periodísticas de Argentina (ADEPA).

En conclusión el proyecto de ley de marras tiene por finalidad adecuar las leyes internas a la normativa internacional con la finalidad de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados en las convenciones de derechos humanos constitucionalizadas, obviamente, dentro del marco delimitado por las convenciones de derechos humanos y a tenor de los lineamientos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reciente fallo en el caso “Kimel”.

*Rubén O. Lanceta. – Pedro J. Azcoiti.*

## ANTECEDENTE

### Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 10 de septiembre 2009.

*Al Honorable Congreso de la Nación.*

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad con el objeto de someter a su consideración el proyecto de ley adjunto, mediante el cual se propicia la sustitución de diversas normas contenidas en el Código Penal de la Nación, referidas a “calumnias e injurias”, a efectos de adecuar la normativa nacional conforme los estándares internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión en cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, recaída el 2 de mayo de 2008 en el caso de “Eduardo Kimel c/Argentina”.

En el citado caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que el Estado argentino debía “adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado [...] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”, (conf. Punto 11 de la sentencia de fecha 2 de mayo de 2008, caso “Eduardo Kimel c/Argentina”, Serie C N° 177).

Sobre el particular, se recuerda que en el año 2000 el periodista señor D. Eduardo Kimel fue condenado penal y civilmente por haber llevado adelante una investigación seria y comprometida sobre un crimen aberrante cometido por la última dictadura militar en Argentina –el asesinato de cinco religiosos palotinos ocurrido en el año 1976–, que culminó con la publicación de un libro llamado *La masacre de San Patricio*.

En virtud de lo relatado en un breve párrafo del citado libro, en el cual se analizaba el expediente judicial y criticaba el desempeño del juez interviniente con relación a su accionar en la investigación de los hechos, el señor Kimel fue perseguido penalmente y condenado a un año de prisión y sanciones patrimoniales.

La citada sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “caso Kimel”, en virtud de la cual la República Argentina fue condenada, entre otras cuestiones, a revisar su legislación interna en materia de libertad de expresión, se inscribe en un camino orientado a limitar el uso de figuras penales en casos de manifestaciones vinculadas a la crítica política y a expresiones de interés público en el continente. El citado pronunciamiento representa sin lugar a dudas, un precedente emblemático sobre el derecho a la libertad de expresión en toda la región.

Específicamente, en el citado fallo el tribunal se manifestó respecto de la incompatibilidad de las figuras penales de calumnias e injurias previstas en el Código Penal de la Nación con relación a los artículos 13 (libertad de expresión) y 9º (principio de legalidad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y analizó también las consecuencias respecto de la condena civil que padeció el periodista Kimel señalando que subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión.

En otros precedentes la Corte Interamericana de Derechos Humanos había dicho que “en la elaboración de tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la

conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana” (conf. CIDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de fecha 2 de julio de 2004, párrafo 63).

En dicha inteligencia la presente propuesta no sólo adopta los lineamientos dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que también reproduce sustancialmente los argumentos dados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Patito, José Angel c/Diario *La Nación*”, de fecha 24 de junio de 2008; “Bruno, Arnaldo Luis c/Sociedad Anónima *La Nación*”, de fecha 23 de agosto de 2001 y “Granada, Jorge Horacio c/Diarios y Noticias S.A.”, de fecha 26 de octubre de 1993, a fin de propiciar la absoluta despenalización de los casos en los cuales las expresiones se refieran a “asuntos de interés público” o que “no sean asertivas”.

La presente propuesta encuentra su fundamento en la importancia que deben merecer las opiniones y valoraciones críticas y la trascendencia que adquiere la libertad de expresión en toda sociedad democrática, como baluarte del Estado de derecho.

En virtud de lo expuesto y en cumplimiento con los compromisos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con lo resuelto por el órgano de supervisión en la citada sentencia internacional, es que se propicia la derogación del artículo 112 (calumnias e injurias “encubiertas”) del Código Penal de la Nación y la sustitución de diversos artículos del Código Penal de la Nación, referidos a “calumnias e injurias”.

Por todo lo expuesto se solicita de vuestra honorabilidad el tratamiento y aprobación del proyecto de ley que se acompaña.

Dios guarde a vuestra honorabilidad.

Mensaje 1.243

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

Aníbal D. Fernández. – Julio C. Alak.

**Sr. Presidente (Fellner).** – En consideración en general.

Tiene la palabra la señora diputada por Buenos Aires.

**Sra. César.** – Señor presidente: el proyecto que presentamos es el contenido en el expedien-

te 25-P.E.-2009, que postula la modificación de los artículos 109, 110, 111, 113 y 117 y la derogación del artículo 112 del Código Penal de la Nación. Es decir, se plantea la modificación del capítulo referido a los delitos conocidos como contra el honor de las personas.

Este proyecto también fue remitido a esta Honorable Cámara por la señora presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, y al igual que el resto de los proyectos que aquí se han mencionado, se enmarca en la obligación que pesa sobre el Estado argentino a partir del fallo “Kimel”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y del fallo “Expósito”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que imponen al Estado argentino realizar en la legislación las reformas pertinentes referidas a los delitos contra el honor.

Cabe aclarar que Eduardo Kimel es un periodista argentino que fue condenado a un año de prisión en suspenso y a pagar una indemnización por criticar la actuación de un juez en el marco del caso conocido como la masacre de San Patricio, que ocurrió durante la última dictadura militar.

Eduardo Kimel desarrolló dicha crítica en un libro que escribió y publicó en 1986, en el que se abordó la investigación del asesinato de tres sacerdotes y dos seminaristas de la orden de los palotinos, ocurrido el 4 de julio de 1976 en la Parroquia de San Patricio, ubicada en el barrio de Belgrano de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Agotadas todas las instancias judiciales en nuestro país y confirmada la sentencia condenatoria, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2007, luego de analizar el caso durante algunos años, decidió demandar al Estado argentino ante la Corte Interamericana.

En el mes de agosto de 2007, el Estado argentino asumió la responsabilidad internacional por las violaciones a los derechos humanos en el caso. Reconoció que por haberse condenado penal y civilmente a Eduardo Kimel, a partir de la querrela iniciada por el ex juez Rivarola, se había violado la libertad de expresión y la garantía del debido proceso porque en el trámite judicial se demostró una excesiva demora—más de nueve años—. La Corte Interamericana interpuso medidas reparatorias, judiciales y

administrativas y finalmente decidió solicitar la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico interno a la normativa de la Convención Americana.

La presidenta Cristina Fernández de Kirchner anunció en reiteradas oportunidades y en diversos ámbitos, incluso ante la Asamblea de las Naciones Unidas, la presentación por parte del Ejecutivo de este proyecto que estamos tratando.

Para quienes quieran encontrar un error comunicacional en la presentación del proyecto quiero aclarar que efectivamente se trata de una derogación, aunque parcial, del artículo 112 del Código Penal y de la pena de prisión para estos delitos en todas sus variantes.

A eso hay que sumar una modernización en la redacción del articulado que lo hace mucho más respetuoso de todas las garantías constitucionales.

A los fundamentos basados en el cumplimiento de obligaciones contraídas a nivel internacional se puede sumar el dato estadístico que de algún modo también permite justificar la derogación de la pena de prisión para este conjunto de delitos. En las últimas estadísticas publicadas por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación en 2007 surge que se registraron 624 hechos vinculados a los delitos contra el honor, lo que redundó en una tasa de 1,59 hechos por cada 100 mil habitantes. Dicha tasa, en comparación con el resto de los delitos, es prácticamente insignificante.

A su vez cabe destacar que con referencia a estos hechos se dictaron sólo 23 sentencias condenatorias, circunstancia a partir de la cual se puede determinar que el índice de resolución de casos de delitos contra el honor es del 3,69 por ciento.

En lo que respecta específicamente a las modificaciones, en primer lugar cabe destacar que se propone la modificación del artículo 109, vinculado a la calumnia. Se amplía el tipo, se establece sólo la pena de multa y se determina que las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas no configurarán delito.

Algo similar ocurre con respecto al artículo 110, referido a las injurias: se reduce el máxi-

mo de la pena de multa de 90 mil pesos a 20 mil pesos y se excluye la pena de prisión. Se reformula el tipo con una cláusula de no configuración del delito idéntica a la antes mencionada, a lo que se suma como no constitutivos del delito los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

En el supuesto del artículo 111 se plantea el cambio de la redacción y el sentido de la norma. Se establece que el acusado de injurias no podrá probar la verdadera imputación salvo en dos casos específicos: primero, si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiera dado lugar al proceso penal, y segundo, si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, probada la verdad de las imputaciones, se exime de pena al acusado.

Asimismo se plantea la derogación del artículo 112, que en la actualidad impone automáticamente la aplicación del mínimo de la pena a quienes rehusaren dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre la calumnia y la injuria equívoca o encubierta. A su vez, por la vía del agregado del artículo 113 se establece que le corresponderá pena a quien publique o reproduzca por cualquier medio las calumnias e injurias inferidas por otro, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. Luego se establece que en ningún caso configurarían delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

Finalmente, se plantea la modificación del artículo 117 vinculado con la exención de pena por retractación. En este sentido, dicha exención operará en tanto la retractación se produzca antes de que la querella conteste o en el caso de hacerlo, ello no importará aceptación de culpabilidad.

En primer lugar, es evidente la voluntad de nuestro gobierno de honrar las obligaciones contraídas por la vía de los reclamos ejercidos y las decisiones tomadas en el ámbito supranacional.

En segundo término, en función de ello se pretende modernizar y adecuar la normativa vigente a los estándares menos represivos y más específicos desde el punto de vista técni-

co. A esto debemos sumar más que nunca, no sólo a raíz del caso Kimel sino desde el primer gobierno del ex presidente Kirchner y del de la actual presidenta Cristina Fernández, la libertad de prensa como pilar intocable del que gozan todos los periodistas en forma acabada y amplia, como tal vez no haya ocurrido en otras administraciones.

En la modificación que se propone también cabe vislumbrar el reaseguro del respeto y una mayor protección de la labor de los trabajadores vinculados con el periodismo.

Respondiendo a una señora diputada que me precedió en el uso de la palabra bregando por la libertad de expresión, con la sanción de este proyecto estamos dando una clara señal respecto de la libertad de expresión como ningún otro gobierno lo ha hecho.

Personalmente, me tocó asesorar hace un par de años a un periodista del norte de nuestro país que había sido querellado por un político y al que le habían dado dos años de prisión. El juicio llegó a la Corte, pero desafortunadamente el periodista falleció antes de que dicho tribunal pudiera emitir dictamen. Vaya este reconocimiento a Sergio Poma, incansable defensor de los derechos humanos. (*Aplausos.*)

**Sr. Presidente** (Fellner). – Tiene la palabra la señora diputada por Buenos Aires.

**Sra. Conti.** – Señor presidente: gentilmente la señora presidenta de la Comisión de Legislación Penal me cedió unos minutos y omitió seguramente por ello describir el porqué de esta norma.

El caso Kimel se refiere a un periodista que escribió sobre la muerte de los sacerdotes palotinos y fue condenado con pena de prisión en nuestro país. Por ese motivo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2008 condenó al Estado argentino, entre otras cosas a readecuar su normativa interna referida a calumnias e injurias. Otro precedente de la misma Corte del año 2004 condenó al Estado de Costa Rica por el caso Herrera Ulloa.

En un momento en nuestro país se aplicó el delito de desacato, hoy derogado por la propia acción de Verbitsky y el CELS ante organismos internacionales, cuando estuvimos a punto de ser condenados. Al periodista Kimel, por criticar sobre asuntos de interés público a funcio-

narios, sin real malicia ni falsedad en la información, se lo condenó a una pena de prisión. La presentación ante la OEA fue realizada a través de una agrupación llamada “Asociación Periodistas”. Ahora también existe dispersión y segmentación del periodismo independiente en la Argentina.

En aquel momento los periodistas Verbitsky, Morales Solá, García Lupo y Magdalena Ruiz Guiñazú, de distintas ideologías, se habían unido como asociación para luchar por los derechos humanos, fundamentalmente aquellos relativos a la libertad de prensa, o sea, el derecho a decir, como tanto le gusta recordar a la señora diputada Morandini.

Ellos fueron los impulsores de que los delitos de injurias y calumnias proferidos contra funcionarios públicos no tuvieran pena de prisión.

Los primeros proyectos de ley, junto a la diputada Ibarra —en ese entonces senadora—, fueron elaborados en 2002 tomando las propuestas y fundamentos de dicha agrupación. Oportunamente, reiteramos esos proyectos, y yo estoy orgullosa de haber influido en el grupo político al que siento que pertenezco absolutamente.

Frente al hecho de que a los funcionarios públicos y a quienes somos responsables de la cosa pública se nos exija un mayor nivel de tolerancia frente a la crítica periodística, si no es con real malicia —es decir, si quien la hace cree verdadera la imputación del delito a la difamación, cita la fuente o no fue negligente para asegurar la información difamatoria que el medio va a traducir—, no corresponde delito.

No solamente estamos eliminando la pena de prisión en caso de injuria y calumnia contra el ciudadano común sino que además estamos despenalizando. El medio periodístico que haga una crítica injuriosa o calumniosa contra un funcionario público no va a poder ser acusado de un delito en la Argentina si no se actúa con real malicia.

Esta “real malicia” está definida no sólo por parámetros internacionales y por la Corte Suprema de los Estados Unidos sino por décadas de actuación de nuestros tribunales y de nuestra propia Corte, por ejemplo, en los casos “Campillay, Abad, Granada”, “Bruno c/ La Nación”

y “Patito”. Este último era un médico forense que se sintió criticado por un comentario real y cierto contra el funcionamiento del cuerpo médico forense, que había tenido una actuación pasible de corruptela.

En esos fallos se advirtió la utilización del potencial, la cita de la fuente y su información fidedigna cuando lo hace un medio periodístico. Se trata de no actuar con real malicia, es decir, no conocer la falsedad de la imputación o, por lo menos, haber sido lo suficientemente diligente como para tener información real, que es distinto al test de la verdad. Estas son las pautas por las cuales el injuriar o calumniar en asuntos de interés público nunca pueden constituir un delito.

Estoy segura de que con la aquiescencia de todos los bloques —incluso aquellos que acompañaron proyectos a los que yo adherí relativos a la derogación absoluta de los delitos contra el honor—, vamos a ir por más, pero hoy debemos conformarnos con este salto cualitativo, no sólo para cumplir con los estándares internacionales sino en beneficio de aquellos periodistas que quieren volver a ser verdaderamente independientes con la crítica constructiva y con la verdad para contribuir con nuestro pueblo, para que sea feliz, y para que nuestra patria se libere de las corporaciones. (*Aplausos.*)

**Sr. Presidente** (Fellner). — Tiene la palabra la señora diputada por la Capital.

**Sra. Giudici.** — Señor presidente: coincido con la señora diputada preopinante en cuanto a que éste es un buen momento para tratar el proyecto.

Hace muchos años que estamos trabajando en una agenda ampliada por la libertad de expresión. La modificación del tipo penal de calumnias e injurias era una necesidad que estábamos planteando.

Por supuesto, otra vez lamentamos las formas. Otra vez con esta imperiosa necesidad de imponer una redacción, porque la señora presidenta de la República envía el mensaje con el proyecto de ley y no puede modificarse una coma. Otra vez esta discusión en una comisión soslayando las instancias anteriores de debate.

Quiero decirles que el 15 de abril de este año en la Comisión de Libertad de Expresión se recibió al CELS, que tenía un muy buen informe

y una serie de propuestas sobre la modificación del artículo vinculado con las calumnias e injurias. Llegamos a consensos, incluso con el proyecto de la señora diputada Marcela Rodríguez, que proponía la derogación directa de este tipo penal en el Código.

Lamentablemente, esta iniciativa se trata en comisión posteriormente a un plenario en el que participaron las comisiones de Legislación General y de Derechos Humanos y Garantías. O sea que llega el proyecto del Poder Ejecutivo sin tener la posibilidad de escuchar la opinión de las personas que estuvieron debatiendo con nosotros. Fue una pena, porque seguramente podríamos haber acordado y enriquecido esta redacción, para votar juntos en general y en particular la norma.

Lamentablemente, como otra vez se opta por el atajo y por la imposición de la mayoría, vamos a acompañar la sanción en general porque consideramos que es necesario dar este paso de modificación del delito de calumnias e injurias. Pero adelanto que en particular vamos a proponer modificaciones, porque entendemos que reflejarán de mejor manera la doctrina que recoge nuestra Corte y la jurisprudencia en materia de jurisdicción supranacional.

Los proyectos que teníamos a la vista eran cinco, más el del Poder Ejecutivo y la propuesta del CELS. Quiero decirles que este tema no surge solamente a partir del fallo Kimel, sino que se viene discutiendo en relación con el conflicto que existe entre el poder y la prensa. Siempre existió un conflicto entre la necesidad de la información y de la prensa para poder dar a luz los hechos públicos y la resistencia de los funcionarios para que se conozcan sus actos y la sociedad tenga acceso directo a esa información.

En 1964 la Corte de los Estados Unidos, a partir del caso “New York Times vs. Sullivan” –ahí surge la doctrina de la real malicia–, establece que cuando el derecho de informar colisiona con el derecho al honor de las personas públicas, por asuntos de interés público tiene prioridad el derecho a informar. Es decir, el derecho a informar en este caso es un derecho preferente. Reconoce a estas informaciones como una especie de presunción de legitimidad y produce la inversión de la carga de la prueba en cabeza del funcionario público. No sólo ten-

drá que probar la falsedad de la manifestación que le imputan, sino que va a tener que probar también que fue realizada con conocimiento de su falta de veracidad, es decir, con temerario interés o malicia por averiguar la verdad.

Nuestra Corte Suprema, como bien señalaba la señora diputada Conti, recoge la doctrina de la real malicia, y ya en el caso “Campillay” o en el de “Morales Solá”, del 12 de noviembre de 1996, sostiene que cuando la información se refiere a funcionarios públicos o figuras públicas involucrados en cuestiones de esa índole, aun si la noticia tuviere expresiones falsas e inexactas, los que se consideren afectados deberán demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obró con real malicia.

Es decir que la Corte receptó totalmente la doctrina de la real malicia, y la importancia justamente de esa doctrina que está basada en la necesidad de evitar la autocensura. Esto significa no desalentar la crítica profunda y de ninguna manera limitar la variedad del debate público.

Llegamos al caso “Kimel”, que recién se re-señaba, y el 2 de mayo de 2008 la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace justicia en dicho caso. Revierte la condena que había impuesto la Justicia argentina de un año de prisión y veinte mil pesos de multa, y no sólo restablece justicia en el caso concreto sino que también remarca la importancia de la libertad de expresión en una democracia constitucional, impidiendo que se trate de ninguna manera y por ninguna vía de sofocar la investigación o el control que la prensa ejerce sobre los actos públicos.

Ordena al Estado argentino la modificación del delito y la adecuación de nuestro Código Penal, justamente por considerar que colisionaba con los principios de legalidad expresados en el artículo 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Nosotros creemos que se podría haber logrado una mejor redacción para reflejar claramente la doctrina de la real malicia, y además también modificando el artículo 1089 del Código Civil, porque creemos que si no se modifica esa disposición por allí quedará una fuerte contradicción que seguramente dificultará la tarea de interpretación de la Justicia.

Creemos que la protección del ejercicio periodístico es un deber del Estado. Debe entenderse que en un país y en una democracia la prensa cumple un rol de contrapoder y de equilibrio sobre las instituciones. Eso nunca debe ponerse en duda en la Argentina, y en verdad tengo que disentir con lo que recién señalaba la señora miembro informante del oficialismo e incluso disentir con lo que dijo la propia presidenta de la Nación en recientes declaraciones, cuando señaló que en la Argentina nunca hubo de manera más absoluta tanta libertad de prensa.

En verdad, un gobierno que confronta, que limita, a través de cualquier vía, ya sea con el abuso de controles fiscales como ha pasado, o con una ley restrictiva de la libertad de prensa y también de la frecuencia radioeléctrica como la que votamos en este Congreso, me parece que no puede sostener que está defendiendo la libertad de prensa y la libertad de expresión.

Pero si esa consideración política no fuera el argumento definitivo para convencer, debemos recordar que durante los años 2008 y 2009 en la Comisión de Libertad de Expresión hemos recibido entre cincuenta y sesenta denuncias por año referidas a agresiones físicas a periodistas, reporteros gráficos, fotógrafos, amenazas de muerte, tanto a profesionales como a sus familiares, prohibición del ingreso para cubrir la tarea periodística y muchas veces esa prohibición se ha dado en el ámbito del gobierno nacional. También el levantamiento de programas por líneas y editoriales críticas y a veces hasta la salida intempestiva del aire de muchos programas en distintos medios de cable del país, la denegatoria del acceso a la información por parte de distintos gobiernos provinciales y del gobierno nacional, la interferencia a distintos programas y radios y asimismo hechos de saqueo, ataques, incendios a distintos medios de comunicación, radios, antenas, plantas transmisoras, y esto es moneda corriente.

Por lo tanto, me parece que la profundidad de este debate no se da sólo respecto de la modificación del tipo penal que hoy nos ocupa –se trata de un mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debemos cumplir porque si no estaríamos en colisión con esos principios de legalidad que hemos suscripto como país y que nuestra Constitución ha re-

conocido en el artículo 75–, sino que tenemos que ir más allá para definir qué son la libertad de expresión y la libertad de prensa en un país.

No puede sostenerse que ha caído el mito de la prensa independiente, porque eso lesiona directamente la calidad de nuestro sistema democrático y ofende a quienes decimos que desde el Estado debe protegerse un derecho legítimo, como lo es el acceso a la información por parte de los ciudadanos.

La libertad de expresión no es solamente el ejercicio del periodismo; la libertad de expresión no es privativa de los medios de comunicación, y de ninguna manera es posible restringirla desde el gobierno. Por el contrario, la libertad de expresión es un derecho consagrado en nuestra Constitución y en los tratados internacionales. Se trata de un derecho compuesto por tres partes: recibir, buscar y difundir información.

Entonces, debemos comprender que la agenda legislativa es mucho más amplia que la de una ley que modifique el esquema de radiodifusión vigente o despenalice el delito de calumnias e injurias. Tenemos que dar un paso más y abordar de una vez por todas el tratamiento de una norma de acceso a la información pública y de una ley que regule la publicidad oficial. No es casualidad que lo proponamos con tanto énfasis cada vez que abordamos el tema de la libertad de expresión. Digo esto porque a través de la falta de regulación de la publicidad oficial, en la Argentina hay censura previa, autocensura y autolimitación por parte de los periodistas, porque antes de perder el ingreso de la publicidad oficial prefieren atenuar la crítica al gobierno.

También hay una limitación al ejercicio de la labor periodística si no existe una ley de acceso a la información, sobre todo cuando desde el Ejecutivo, en vez de promover las herramientas necesarias para el ejercicio irrestricto de la información pública, se dibujan las estadísticas, se impide que nos enteremos de los indicadores reales de nuestra economía o, como ha pasado recientemente, se elimina una página virtual –me refiero a “Mejor Democracia”– a través de la cual la Secretaría de la Función Pública intentaba canalizar la demanda ciudadana ante un pedido de información al Estado.

Por otra parte, debo señalar que como bloque de la oposición, al no obtener respuesta a nuestros pedidos de informes, lo que hacemos es presentar nuestros pedidos a través del decreto 1.172. De todos modos, si nos detenemos a analizar nuestras estadísticas, veremos que tampoco son contestados.

Reitero que para nosotros la agenda de protección de la libertad de expresión en un país que tiene que ir avanzando en la consolidación de sus estándares de protección a los derechos humanos, no puede obviar la regulación de la publicidad oficial ni el acceso a la información.

En consecuencia, con esa salvedad y adelantando que durante la discusión en particular vamos a proponer la redacción que creamos mejor, acompañaremos en general el proyecto en tratamiento. Pero lo haremos no sin antes pedirles, solicitarles y rogarles, señores diputados del bloque oficialista, que en casos como éste, en el que seguramente vamos a encontrar consensos, no se busque el avasallamiento permanente de las minorías, porque no hace falta.

En este caso podríamos haber arribado a un consenso absoluto sin tener que llegar a esta sesión sintiendo que todo lo que trabajamos con anterioridad al ingreso del mensaje del Ejecutivo no sirvió para nada. Peor aún si se lo hace descalificando a aquellos que como CELS, FOPEA y muchas otras organizaciones de periodistas vienen trabajando en este tema. Se podría haber hecho este ejercicio de debate en el ámbito de la comisión con todos los autores de los distintos proyectos y con los representantes de todas las organizaciones. Esto hubiese sido más productivo.

De todas maneras, entendiendo la importancia de atenernos al fallo Kimel y al mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reitero que vamos a apoyar en general el proyecto en consideración.

**Sr. Presidente (Fellner).** – Tiene la palabra la señora diputada por Buenos Aires.

**Sra. Rodríguez.** – Señor presidente: resulta redundante repetir en este recinto las clásicas consideraciones acerca de la importancia de la libertad de expresión. Nadie ha puesto en duda

que existe una asociación entre esta libertad y el sistema democrático.

La discusión central pasa por definir cuáles son las políticas de Estado y cuáles las herramientas que debieran utilizarse para potenciar esta posibilidad de que se robustezcan el sistema democrático y la libertad de expresión.

Por eso, tal vez merezca destacarse que la libertad de expresión –esto ya lo hemos dicho– tiene una particular protección no sólo en sí misma sino porque también satisface otros derechos relacionados con ella y propósitos políticos fundamentales para un Estado republicano y de derecho.

La libertad de expresión es necesaria para que haya un debate público robusto y vigoroso a fin de que la ciudadanía pueda intervenir en los asuntos públicos, esto es, aquellos que interesan a la comunidad; y también es necesaria para que puedan controlarse los actos de gobierno. Pero cabe destacar que no se trata solamente de una cuestión hacia la prensa o que tenga que ver con la expresión de los periodistas, sino que también se relaciona con la posibilidad de que cada persona tenga más información para elegir su plan de vida, materializarlo de acuerdo con dicha información y expresarse de acuerdo con ese plan de vida que ha elegido.

El caso Kimel, que ya ha sido mencionado varias veces, efectivamente nos marca dos deficiencias en relación con la legislación vigente. Una de ellas es la que se mencionó y que tiene que ver con la falta de proporcionalidad entre la lesión de los bienes jurídicos involucrados –en este caso el honor– en los tipos de calumnias e injurias, y las sanciones previstas, que pueden llegar hasta los tres años de prisión.

Por otro lado, es importante destacar que identificó un problema muy grave que consistía en la falta de descripción de los supuestos de hecho, es decir, los tipos penales en sí, lo que en la práctica judicial provoca una constante confusión entre calumnias e injurias y que además hace que la ciudadanía no pueda adecuar su conducta de acuerdo con el derecho vigente.

Aquí quiero mencionar cuáles son las acotaciones que hizo la Corte por las cuales consideraba que se violaba el artículo 13 de la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 9° del Pacto de San José de Costa Rica. Menciona a la Corte porque creo que en este asunto es una de las deficiencias graves del proyecto.

Dice lo siguiente: “...en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9° de la Convención Americana”. Esto en realidad venía del caso Castillo Petruzzi, que es un caso viejo, pero que Kimel cita también.

Cabe señalar que lo interesante aquí es que cuando el Estado responde y asume la problemática como violatoria de la Convención, también dice lo siguiente: “...la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Lamentablemente, creo que esto es lo que seguimos incumpliendo.

Este tipo de reconocimiento también lo encontramos en el mensaje por el cual la señora presidenta de la República envía este proyecto de ley al Congreso de la Nación. Esta única observación bastaría para concluir que el proyecto del Poder Ejecutivo no modifica la descripción de los supuestos de hechos típicos, por lo que no cumple con las obligaciones internacionales que nos exige la Corte Interamericana en el caso Kimel. La Corte dice que los tipos

penales son vagos y ambiguos, y siguen siendo exactamente los mismos.

Es posible ir más allá, porque la Corte también sostuvo que si bien el honor es un bien jurídico reconocido por la Convención y que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, las sanciones penales para ser admisibles deben ser necesarias y proporcionales.

Permítanme leer lo que dijo: “En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario sería el ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.

Dejando de lado la proporcionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo cuestiona en ese caso la razonabilidad de la pena de prisión, sino que también advierte que las consecuencias del proceso penal en sí mismo –la inscripción en el registro de antecedentes, el riesgo latente de la posible pérdida de libertad, el efecto estigmatizador de una condena penal o incluso la pena misma– pueden ser una afectación grave en relación con la libertad de expresión.

Insisto en que el proyecto del Poder Ejecutivo se queda corto en cuanto a honrar la sentencia de la Corte Interamericana. Esto lo podemos concluir de lo que leímos recién: el tipo de injuria sigue siendo tan vago como antes y viola el principio de estricta legalidad penal.

Cuando se habla de proporcionalidad no se hace únicamente referencia a la relación entre el bien jurídico y la pena de prisión, en cuanto a las conductas lesivas, sino también en cuanto a todas las consecuencias del proceso penal, que siguen vigentes en el proyecto del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, quiero remarcar un par de deficiencias. La diputada Conti hizo alguna aclaración en cuanto a que el proyecto intenta incorporar como causal de exclusión de responsabilidad el tratamiento de asuntos de interés público.

Así pretende incorporar la doctrina de la real malicia, que fue básicamente elaborada por la Corte Suprema estadounidense en el conocido caso “New York Times vs. Sullivan”, recogido por nuestra Corte en muchos antecedentes,

entre los que “Patito” quizá sea el más conocido.

Efectivamente, tal como lo reconoce la Corte, la doctrina de la real malicia tiene una profunda raigambre constitucional. Esta doctrina se refiere al tratamiento de asuntos de interés público, involucrando o incluso lesionando el honor de funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en asuntos públicos, donde no se puede generar particular responsabilidad, siempre y cuando el afectado no acredite que se afirmó un hecho falso, inexacto o que se obró con conocimiento de la falsedad de la información o con notoria despreocupación por el control de la veracidad.

Por supuesto que la referencia a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en asuntos públicos no es azarosa. Se trata de ver cuáles son los mecanismos de protección diferenciada. Es decir que la ciudadanía puede tener preservado su derecho al honor, mientras los medios de comunicación están más expuestos al control.

Hay un doble estándar que está omitido, de manera tal de permitir un debate más robusto, más vigoroso y desinhibido justamente en lo que hace a control del gobierno y asuntos de interés público. Pero acá justamente el Poder Ejecutivo no hace ninguna referencia a quiénes pueden ser involucrados y solamente se limita a decir “asuntos de interés público”.

Esta es una falla más que hay en el proyecto, que también se suma a otras dado que el Ejecutivo tampoco introduce la exclusión de responsabilidad en aquellos casos en los que se trate de meras opiniones.

Esta es una cuestión rara que surge en el sistema que se está proponiendo. Si usa el condicional no tendría responsabilidad. Ahora, si simplemente se trata de una opinión que ni siquiera constituye una afirmación de hecho, se puede, sin embargo, incurrir en una responsabilidad.

—Ocupa la Presidencia la señora vicepresidenta 1ª de la Honorable Cámara, doña Patricia Vaca Narvaja.

**Sra. Rodríguez.** — Finalmente, la última consideración pertinente al proyecto del Poder Ejecutivo es sobre el efecto inhibitorio de la persecución penal, aunque no haya, insisto,

una pena de prisión, y sobre el costo democrático de dicho efecto.

Si el debate al que aludíamos como necesario, como una precondition para una discusión robusta, vigorosa y desinhibida, una precondition de la democracia, es entendido como tal, vamos a ver claramente la asociación con la necesidad de remover obstáculos para que este debate sea cada vez más robusto.

Lo cierto es que en el año 2008 hubo alrededor de 600 procesos penales por delitos contra el honor y unas cuantas condenas —por lo menos más de 10 o 20—, lo cual no quiere decir que todas las personas involucradas hayan ido presas, ya que la ejecución puede haber quedado en suspenso.

La verdad es que el problema real no es el encarcelamiento, porque sabemos que la mayoría de los periodistas no van presos. Esto lo saben los periodistas y lo sabemos desde la oposición. En realidad, el mayor problema es lo que se conoce y se ha estudiado como *chilling effect*, que podría ser traducido como el efecto inhibitorio, que es cuando existe la previsión legal de una cierta sanción.

Eso es muy significativo para aquellos trabajadores que cuentan con salario promedio. Una multa elevada implica, evidentemente, un efecto inhibitorio. Quizá para un periodista de un gran medio esto no sea un problema. En realidad este problema no lo tienen los grandes medios, ya que podrían tranquilamente pagar la multa y hasta considerarla un costo de producción. Probablemente el mayor problema sea para quienes tengan un menor poder económico.

Este efecto inhibitorio no solamente tiene su repercusión en el ámbito del derecho penal, sino también en sede civil, dado que las indemnizaciones en este fuero han sido notoriamente altas.

Quiero citar el caso, que seguramente deben recordar, de la jueza Díaz de Vivar contra Neustadt, en el que se fijó una indemnización de 80 mil pesos en el año 1999. No pongo en duda el honor de la jueza Díaz de Vivar, ni que pueda ser merecedora de algún tipo de indemnización. Simplemente, digo que en el 99 fue una indemnización de 80 mil pesos.

Seguramente para el señor Neustadt esto no habrá sido un costo excesivo.

Pero pensemos en un trabajador y veamos qué pasa. Pensemos cuál es la indemnización que se está pagando ahora, aun en los casos más graves, como por ejemplo cuando pierde la vida un motoquero. Esa suma fijada en 1999 la supera. Por lo tanto, decir que esto no implicaría un efecto inhibitorio... Y de esto tampoco se ha hecho cargo el Poder Ejecutivo.

Lamento que se haya cortado el proceso que veníamos llevando diputados de las distintas bancadas junto con algunos organismos; había venido la gente del CELS, periodistas, etcétera. Se había logrado avanzar en un acuerdo bastante interesante en relación con distintas iniciativas, como por ejemplo la del señor diputado Prieto, que implicaba la incorporación del derecho a réplica.

Lo cierto es que se disponía la derogación, y esto es lo que contiene el dictamen de minoría. Este último dispone la derogación de todo tipo de delitos contra el honor, resolviendo definitivamente el problema de estricta legalidad, pero además honrando lo que pide la Corte Interamericana en el caso Kimel.

Resolvía también el efecto inhibitorio en el proceso penal, pero no cerraba el mismo sistema con la incorporación del estándar de real malicia en la legislación civil.

Insisto: a través de la incorporación de la cuestión de la réplica se podía tener un mecanismo de reparación, de manera tal que no iban a quedar sin un mecanismo de protección aquellas cuestiones que efectivamente estuvieran afectando derechos de personas que debían ser protegidos.

Lamentablemente, esto quedó trunco. La señora presidenta incurrió en una confusión –y en esto lamento no coincidir con lo que se ha dicho–, porque no existe lo de la derogación o como se pueda entender. Creo que se trató de un lamentable error en el que ha incurrido la presidenta.

Lo que dijo la señora presidenta –esto está en video– es que mandaba un proyecto donde se suprimían las figuras de calumnias e injurias. Estas fueron las palabras textuales de la presidenta. Pero este proyecto no las suprime. Yo tengo buena fe y descarto cualquier versión

conspirativa que suponga que la presidenta en realidad mintió tratando de obtener un mayor rédito. Creo que solamente se trató de un error, pero hay que decirlo porque esto ha sido recogido por distintos medios, que siguen diciendo que estamos terminando con la incorporación de estos delitos en el Código Penal.

Seguramente, los aplausos que siguieron al discurso de la presidenta hubieran sido mayores si se hubiera anunciado una verdadera supresión de la figura de calumnias e injurias.

De manera que, tal como lo adelanté en el caso del otro proyecto, si bien el enviado por el Poder Ejecutivo no satisface todas nuestras expectativas y el dictamen de minoría tiene estas graves falencias –aclaro que no nos vamos a conformar, como dice la señora diputada Conti, sino que trataremos de seguir insistiendo con otros proyectos–, creemos que sacar la pena de prisión es lo menos que podemos hacer para cumplir con lo que nos pide la Corte.

Pero queremos dejar en claro que con esto no estamos satisfaciendo la sentencia. Aun así, nuestro voto será afirmativo.

**Sra. Presidenta** (Vaca Narvaja). – Tiene la palabra la señora diputada por Buenos Aires.

**Sra. Satragno.** – Señora presidente: en realidad, este tema me despierta sentimientos encontrados, al igual que algunas cosas que he escuchado esta tarde.

Cuando yo pienso en derechos humanos –que me importan, y mucho, los que se trataron aquí, en este recinto– no puedo dejar de pensar que hay chicos que todos los días se mueren de hambre en un país lleno de alimento.

Cuando oigo hablar de libertad de prensa y de que hay libertad de prensa, mi carrera de periodista empezó a finales de la década del 50 haciendo una columna para el periódico “Clarín”, o sea que pasé la dictadura militar, la presidencia de Frondizi, la dictadura militar, la presidencia de Illia, la dictadura militar, la presidencia de Cámpora, la dictadura militar... No, ahí no hubo dictadura en el medio. Estaba Lastiri, después Perón, después Isabel, después dictadura militar, después Alfonsín, después Menem, después Kirchner y ahora la señora presidenta. O sea que un poquito de lo que sucedió con la prensa durante estos cincuenta años –medio siglo apenas– sé.

En las dictaduras militares había una prepotencia total e incluso riesgo de vida. No me olvido de las dificultades que pasé cuando se me ocurrió, después de habérmelo prohibido expresamente el canal, abrir el programa *Pinky en la noticia* diciendo que el Premio Nobel de la Paz era Pérez Esquivel. No fueron momentos muy gratos los que sucedieron a ese día y a otros días más, por andar siempre pisando el borde de la cornisa. O sea que lo que pasaba con las dictaduras militares lo tengo bien claro, que fue sublimado indudablemente durante la década del 70.

También estaban los gobiernos civiles, como el gobierno de Frondizi, que es un hombre al que yo admiro realmente y conocí personalmente. Aunque mandaban en la prensa los militares, que tenían las armas.

Vino el gobierno de Illia –ese fue un interregno que los argentinos no supimos aprovechar ni ver con lucidez–; después vinieron las otras dictaduras militares, hasta que caímos en el gobierno de Lanusse, que abrió un poco la puerquita, dejó entrar una bocanada de aire fresco con respecto a lo que era la libertad de expresión, aunque seguíamos siendo gobernados por una dictadura; y después llegó el momento en que a López Rega se le ocurrió tomar los canales de televisión a punta de pistola y el gobierno se quedó con los canales de televisión y con las radios, o sea, con los medios audiovisuales, que tanto nos preocupan en estos días.

A mí me ha tocado estar de ambos lados. Yo soy periodista –me afecta que haya una ley que pene la calumnia y la injuria–, y soy diputada de la Nación y tengo que tratar de ser lo más justa posible en lo que sustente mi voto.

Este proyecto podría resumirse en una frase: “a calumniar, que es barato”.

El Código Penal establece una pena de uno a tres años en el artículo 109 –que es el que se quiere reformar hoy, justamente–, que procura evitar que alguien haga alegremente imputaciones de delitos de acción pública.

La idea mía con respecto a este artículo 109 del Código Penal es que más que tener un efecto represivo tiene un efecto disuasivo; o sea que yo, al ser periodista, he estado toda la vida rodeada de periodistas y sé que hay periodistas que se merecen que no se les impute

jamás un delito de calumnia o de injuria, pero hay otros...

A mí me acaba de pasar hace dos o tres semanas, que fui calumniada por el canal oficial, en una mesa donde varios periodistas presentaron un documento anónimo que según ellos levantaron de YouTube, donde se me metía a mí en un supuesto enchastre porque hace varios meses presenté aquí un pedido de informes –que no me contestaron, como todos los otros– acerca de YPF. Me mezclaron con gente a la que no conozco ni he visto en mi vida. Claro, no podían mezclarme porque no estaba, pero me nombraron, pusieron una imagen mía y a más de cuatro les quedó que yo tenía algo que ver con el chanchullo.

Sé cómo suceden las cosas de un lado y del otro. Como periodista debo saber que si digo que alguien es un ladrón, sin tener la mínima prueba posible que justifique mi acusación, corro el riesgo de tener una sanción penal. Puede sucederme algo serio, porque si no todo el mundo andaría por todos lados diciendo las cosas más horribles. Es muy fácil; podría decir, por ejemplo, que cualquiera es una prostituta o un mafioso o un atorrante o un pederasta, y no habría ley que me lo impidiera.

Esta reforma viene a decir: usted no se preocupe, acuse a quien se le dé la gana de lo que se le dé la gana, que eso se arregla con 3.000 pesos o a lo sumo 30.000, que con la inflación de este país dentro de muy poco tiempo será una ganga.

Es decir que se pone una tarifa bajísima para deshonorar; puede calumniarse gratis diciendo que el asunto es de interés público e incluso usarse el potencial diciendo: “El ministro De Vido sería un corrupto que habría arreglado miles de licitaciones para favorecer a los amigos de Kirchner y de paso se llenaría sus propios bolsillos de dinero”. En este caso nadie podría sancionarme porque ésa no es una expresión asertiva; por lo tanto, según el proyecto no configura delito de calumnia.

Sin embargo, nos estamos olvidando de un elemento subjetivo de los delitos contra el honor: el *animus injuriandi*; es decir, cuando hay ánimo de ofender, de imputar, no importa que el que lo diga utilice un cobarde potencial.

En esta corrección de la ley las injurias son un regalo. Si se aprueba esta reforma, uno puede elegir cualquier rótulo para difamar a una persona predestinada, llamándola –como decía recién– con cualquier insulto posible o término que la acuse por sólo un monto que oscila entre 1.500 y 20 mil pesos. En el caso de que uno dice que el asunto es de interés público, no le costaría nada. También es gratis si uno dice que una persona “sería” una prostituta o “se cree” que es un pederasta.

Tengo grandes dudas que me asaltan, señora presidenta, de que esta reforma no beneficie a la libertad de expresión. Podía afirmarse tal cosa cuando en 1993 –durante la presidencia de Carlos Menem– se sancionó la ley 24.198, por la cual se suprimió el delito de desacato al presidente de la Nación o a un funcionario de gobierno. Este delito de desacato, si no recuerdo mal, es aquel por el cual Perón brindó una temporada de vacaciones de ocho meses en la cárcel a Balbín.

Entonces, no puede decirse que se favorece la libre expresión convirtiendo en una ganga la falsa imputación de delitos o la desacreditación gratuita de personas respetables.

Hay que tener en cuenta que las calumnias e injurias siempre tienen un efecto nocivo para aquel que ha sido calumniado; quedan como una mancha, no destiñen. ¿Se acuerdan de aquella frase “miente, miente, miente que algo quedará”? Esto también pasa con las calumnias e injurias.

En la redacción actual el código prevé la pena de prisión, que aunque no se llegue a aplicar porque es de uno a tres años; obliga a indemnizaciones judiciales muy por encima de las magras que establece la ley que tratamos de reformar.

Así, si uno canta la palinodia y se pone a decir que está arrepentido, que realmente no quiso ofender –aunque no lo sienta–, le sale gratis. Sería algo así como decir: sigo pensando que esta persona es una ladrona o una prostituta, pero me retracto así no pago la multa.

¿De qué estamos hablando, señora presidente? ¿Cuál es el bien jurídicamente protegido en este caso? Estamos hablando del honor. Habrá mucha gente que le tiró el honor a los perros hace rato o a quien no le importa que su honor

pueda ser o no amparado. Pero, a mi juicio, con esta reforma el honor...

Señor diputado Rossi: si es muy urgente lo que le está diciendo a la señora presidenta, yo espero...

**Sra. Presidenta** (Vaca Narvaja). – La estoy escuchando, señora diputada.

**Sra. Satragno.** – Gracias.

Le decía que el bien jurídicamente protegido en este caso es el honor. A mi juicio, con esta reforma el honor pasará a ser el bien jurídicamente desprotegido. Terminé.

**Sra. Presidenta** (Vaca Narvaja). – Tiene la palabra el señor diputado por Neuquén.

**Sr. Acuña.** – Señora presidenta: sin lugar a dudas, este proyecto de ley constituye un avance, pero es necesario que formule algunas observaciones más allá de la mejora que implica este cambio en el Código Penal habida cuenta de que la tendencia actual es excluir la punibilidad de los delitos de calumnias e injurias, reduciéndolos en algunos casos a una conciliación o a un resarcimiento pecuniario.

Creo que la mayoría coincide en este sentido. En particular, también coincido en que hay que derogar completamente el capítulo de calumnias e injurias del Código Penal, aunque me llama la atención que hayamos olvidado las injurias vertidas en juicio.

Las calumnias e injurias vertidas en juicio no han hecho más que generar un trabajo inútil y farragoso en la justicia penal. Esto provoca un dispendio de la actividad jurisdiccional que creo que va en desmedro del sistema de justicia en general.

En el marco de los expedientes judiciales a menudo se profieren terminologías bastante lacerantes y los jueces terminan testando las frases injuriosas que se dijeron los litigantes, concluyendo en denuncias cruzadas a raíz de la tipología que actualmente tiene el código.

Nadie duda de que los términos obscenos y descalificantes merecen una retractación, y creo que a veces el juez toma la decisión de testar. Reitero que esto genera un desgaste jurisdiccional que desvía el foco de la atención punitiva del Estado.

Creo que por estos motivos se debe evitar la llegada al fuero de las causas penales. En este tipo de acciones no está implicada la paz

social ni el interés público en la eliminación de sanciones penales.

Si privilegiamos la libertad de expresión y el ejercicio de derecho de defensa de las partes, creo que estamos cumpliendo con este mandato. Por lo tanto, estimo que esta disidencia parcial que planteo tiene razón de ser.

Más allá del avance que significa esta iniciativa, he presentado un proyecto contenido en el expediente 4.747-D.-2009, tendiente a remediar este olvido del Poder Ejecutivo.

Quiero utilizar este sitio para solicitar a la Presidencia de la Comisión de Legislación Penal que inste el tratamiento del proyecto que he presentado, porque de esa forma remediaríamos este olvido. Como decía, esto genera dispendio jurisdiccional y desgaste. O sea que desviamos la atención punitiva que el Estado tiene hacia otras causas. No hace falta comentar ni expresar lo atiborrados que están los juzgados.

En cuanto al proyecto que nos ha enviado el Poder Ejecutivo, no creo que sea prudente incluir las multas y sus montos. No existiendo un delito, entiendo que queda la vía civil para mensurar el daño moral sufrido por la afectación de la imagen pública de las personas. Nadie mejor que un juez civil para cuantificar el eventual resarcimiento frente a cualquier acto que verdaderamente afecte la imagen y el honor de alguien. Insisto: no era necesario fijar multas. Creo que dicho procedimiento, dentro de este catálogo de delitos y de disvalores que son promesas que sufrimos en el caso de que se configuren estas conductas, va a contramano de la tendencia legislativa actual de excluir de los códigos penales las calumnias y las injurias.

Si no son delitos, no deberían figurar en el Código Penal, como tampoco las multas.

La propuesta más que aliviar la situación tribalística la complica por lo que he venido diciendo. En definitiva, este intento por maquillar el capítulo de calumnias e injurias en el Código Penal resulta bastante problemático. Pero es un avance, y como todo avance es bueno poder cambiar esta faceta del Código Penal.

Tampoco puedo dejar de mencionar que tenemos una deuda legislativa muy grande para con la sociedad: la reforma integral de este

Código. El Código Penal es un catálogo de delitos. Existen más de novecientos proyectos presentados desde su sanción. Desde 1922 hay muchos proyectos que han sido olvidados y cajoneados.

Cuando el doctor Iribarne fue ministro de Justicia, decidió no traccionar esta reforma. Si el Código Penal resulta ininteligible para el instruido, imagínense lo que debe ser para el que no es tan leído en este fárrago de cosas. Se crea la alegoría de las dos bibliotecas. En nada se contribuye para darle a cada uno lo suyo.

La alegoría de las dos bibliotecas sienta una suerte de doctrina que no es clara. La sociedad nos lo menciona día a día en las calles y en los distintos estamentos. Nos dicen: “Los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra”.

En definitiva, el derecho penal es uno solo y el juez para aplicarlo necesita normas claras y concretas. Si bien todo esto significa un avance, apelo a la buena voluntad de los señores diputados para que nos pongamos a trabajar en un nuevo Código Penal y en una reforma integral de este catálogo de delitos, porque la sociedad, la Justicia y el poder jurisdiccional nos demandan un derecho claro y concreto.

El verdadero temor del delincuente no consiste en ir a juicio, sino en ser condenado con un Código Penal claro, y que esa condena se cumpla *in totum*.

Las sanciones deben ser aplicadas por jueces con sensibilidad republicana y con equilibrio emocional, para poder restituir el imperio del derecho mediante un auténtico amor a la Justicia.

Celebro este avance, y solicito que las observaciones formuladas sean tenidas en cuenta a la hora de ponernos a trabajar.

**Sra. Presidenta** (Vaca Narvaja). – Tiene la palabra el señor diputado por Neuquén.

**Sr. Prieto.** – Señor presidente: el Bloque de la Concertación va a acompañar el dictamen de mayoría. De hecho, el año pasado hemos presentado el proyecto contenido en el expediente 5.144-D.-2008, con características similares al que estamos considerando, aunque también tiene algunas otras que voy a ir señalando durante mi exposición.

Vamos a apoyar esta iniciativa porque, en primer lugar, viene a adecuar la legislación argentina en materia de calumnias e injurias a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha requerido no sólo en el caso Kimel, aquí citado varias veces, sino también en un caso del año 2004.

El apoyo lo damos porque nos parece que el proyecto, al morigerar o excluir la amenaza de sanción penal en los casos contemplados –esto es cuando se trata de asuntos de interés público y respecto de funcionarios públicos–, en realidad viene a contribuir al debate democrático.

Nosotros, que adherimos a la concepción de la democracia deliberativa de Carlos Nino, estamos convencidos de que todo aquello que contribuya a amplificar el debate democrático, a que todas las voces puedan ser oídas, a que exista un debate robusto, profundo, desinhibido, abierto y previo a las decisiones políticas, merece ser apoyado y considerado.

Aun en las teorías de la democracia competitiva, aun en las teorías que reducen el aspecto de la democracia a la competencia electoral por el poder político, también aun desde esa perspectiva, es un avance sumamente positivo porque contribuye a una mayor información de forma previa a la elección.

Quiero resaltar que el proyecto se enmarca en la reafirmación del derecho a la libertad de expresión. Seguramente a más de uno de los que estamos en política nos ha tocado ser víctimas de afirmaciones injuriosas o calumniosas. Yo tampoco creo que porque uno esté en política deba echar la honra a los perros, pero lo cierto es que el bien individual del honor que suele estar en discusión entra en contradicción con este otro bien de la libertad de expresión, y me parece que en este caso la libertad de expresión debe prevalecer.

Eso debe ser del mismo modo de lo que hemos discutido recientemente en este recinto cuando el tratamiento de la ley de medios audiovisuales. Cuando hay un conflicto potencial entre la libertad de expresión y el derecho de propiedad debe prevalecer la libertad de expresión porque es consustancial el debate democrático previo a la idea misma de la decisión democrática.

Todo lo expresado justifica el apoyo al proyecto, aunque debemos señalar que tiene algunas carencias que tendrían que ser corregidas en otra etapa con la sanción de otras leyes. Una de ellas se vincula con un tema que a nuestro entender debió ser incluido, es decir que la sentencia contenga la orden de publicarla por los medios de prensa, lo que de ninguna manera altera el principio contemplado por el artículo 32 de la Constitución Nacional.

La otra cuestión en la que se debe avanzar en forma decidida y resuelta –esto figura en el proyecto de nuestro bloque al que me referí al comienzo de mi exposición– es en la inclusión del derecho de réplica. Este derecho viene a establecer un contrapeso frente a la eventual lesión al honor de los funcionarios públicos y, lejos de afectar la libertad de prensa, perfecciona el debate democrático que precede a las decisiones.

De todas formas, esa carencia del proyecto no impide que lo apoyemos con énfasis, haciendo votos para que en un futuro no muy lejano podamos consagrar con fuerza de ley el derecho a réplica.

**Sra. Presidenta** (Vaca Narvaja). – Tiene la palabra la señora diputada por Córdoba.

**Sra. Morandini.** – Señora presidenta: no quiero ser una aguafiestas frente a lo que se presenta como un proyecto de avanzada. Digo esto porque quizás esta sea la prueba más brutal de nuestro atraso cultural y político en relación con la libertad de expresión.

Lo que venimos a hacer ahora es a despenalizar los denominados “delitos de prensa”. Venimos a despenalizar la calumnia e injuria a pedido de la Corte Interamericana, que le ha dicho al Estado argentino: “Señores: respeten la libertad de expresión”.

Intentaré apartarme de la cuestión penal, porque no dejo de ser la periodista que realmente soy. También debo expresar, quizás a modo de despedida, que no soy una periodista que se disfrazó de diputada para después contar cómo son los legisladores. Por el contrario, me siento parte de este cuerpo. Aprendí mucho con todo lo que aquí se ha dicho, pero también aprendí sobre la escasa conciencia que hay en la dirigencia argentina en relación con el papel

de la prensa como valor constitutivo de la democracia.

Las organizaciones de periodistas –como la que tuve el honor de formar parte–, al igual que las de derechos humanos, fueron derrotando el miedo que había en la sociedad y ganando para todos espacios de justicia y libertad. Así, hubo organizaciones en nuestro país que consiguieron para la prensa determinados espacios, como por ejemplo la eliminación de la figura del desacato. Ahora venimos a decir que no hay delito de calumnias e injurias cuando las expresiones se refieren a asuntos de interés público.

En ese sentido, vale preguntarse quién se ocupa de las cuestiones de interés público, si no es la prensa. Cuando hablamos de la prensa debemos pensar en el valor del término y no en periodistas concretos que a veces nos molestan por lo que leemos en un diario, escuchamos en la radio o vemos por televisión. La prensa es la que actúa de mediadora entre el Estado y la ciudadanía; por eso se habla de “medios”.

Hoy, decía que este proyecto se presenta como una avanzada, pero en realidad viene a confesar que Kimel tuvo que esperar 17 años para que se hiciera justicia. También podríamos decir que aquí nomás, a la vuelta de nuestra esquina histórica, había jueces que en 1996 se sentían aludidos y ofendidos por lo que ya era una verdad histórica que hablaba de la complicidad de algunos sectores con lo que pasó durante la dictadura.

Tampoco se conoce demasiado que en nuestro país cierto corresponsal extranjero fue condenado por calumnias por haber dicho que, en realidad, lo que había pasado en los cuarteles no era sólo responsabilidad de los militares sino que había extensas franjas de la sociedad civil que de alguna manera habían actuado en complicidad.

Como no me gusta acusar a otros para eludir la responsabilidad que cada uno ha tenido en el horror que hemos vivido, confío que en algún momento tendremos que hacernos cargo de dicho período. No me refiero a hacer un mea culpa colectivo, sino a que cada uno asuma la responsabilidad que tuvo y dejar de poner el dedito en alto para señalar las culpas del otro.

Como estamos hablando de libertad de expresión, es necesario recordar la historia que ella ha tenido en nuestra incipiente democracia.

En el año 1986, las paredes de la Ciudad de Buenos Aires, con esa forma odiosa de poner afiches para descalificar sin que nadie los firme, estaban llenas de propaganda de una revista –más bien era un pasquín de la derecha– que se llamaba *Cabildo*, que en inmensas letras rojas tenía la palabra “subversivo”. Los quioscos de la ciudad estaban llenos de esa revista.

Conforme a esa organización burocrática que tienen los servicios de inteligencia, la revista *Cabildo* tenía una lista con los nombres de quinientos periodistas. En esa lista estábamos todos. Aún hoy tengo la sensación del bochorno de aquellos chistes que alguien cuenta y nadie entiende. Recuerdo que cuando fuimos a una asamblea que hizo el gremio de prensa con motivo de lo que hacía esa revista, se dijo con ironía que se propusiera que aquellos que no estaban en la lista también la integrasen, porque en realidad se estaba llamando subversivos a la prensa toda.

La importancia de la prensa surge tan sólo al advertir que lo primero que hacen las tiranías es imponer censura, precisamente para cancelar esa transacción de poderes y esa dinámica que da la libertad.

Por lo tanto, insisto en que no deja de ser una confesión de atraso y una paradoja con bastante sentido casi de cinismo el hecho de que hoy exaltemos el compromiso con la libertad de expresión en un gobierno que ha cancelado la mediación de la prensa. Esto no se ha ocultado, ya que desde el inicio se dijo “no creemos en la mediación de la prensa y por eso hacemos propaganda”.

Entonces, es importante que empecemos a definir de manera cultural el “deber ser”. Por supuesto que la información no debe ser una mercancía, pero tampoco puede ser propaganda del gobierno de turno.

Estamos bastante lejos de tener incorporado este derecho de decir, como reconoce la señora diputada Conti, pero también tendríamos que señalar que en el avance que significa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos diga “respeten la libertad de expresión”,

hoy esa libertad de expresión ha sido totalmente superada como derecho subjetivo por el derecho que tienen las sociedades a ser informadas. Esta es la obligación del gobernante y del Estado: garantizar el derecho a decir, pero también permitir el acceso a la prensa.

Me temo que en el momento particular que estamos viviendo se puede reconocer lo que dice uno de los grandes especialistas, el periodista italiano Furio Colombo, profesor de la Universidad de Columbia, cuando dice que lo que ha amenazado siempre al periodismo es el poder, la censura y el no permitir el acceso a la información, sobre todo cuando la sociedad y la opinión pública empiezan a descreer del periodismo.

Como periodista, sé que le debemos a la sociedad un debate profundo para hacer una autocrítica, para poder crecer sobre nosotros mismos y para tener autoridad para dirigirnos al resto de los sectores de la sociedad, evitando erigirnos con el dedo en alto para criticar al periodismo cuando carecemos de la capacidad y la honestidad para hacerlo.

Perturba mucho que vengamos a avanzar en la despenalización de delitos de prensa cuando sobreviven vicios culturales que nos ha dejado la dictadura. Hoy se vuelve a utilizar una expresión horrible: la carne podrida. Se trata de la información que consiguen los espías del Estado.

Se vuelve a hablar de escuchas telefónicas y de espionaje, con la excusa de que se busca información, cuando en realidad se trata de una extorsión o una delación.

Todavía no hemos erradicado de entre nosotros la falta de respeto al otro, porque también la Corte Interamericana nos dice que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. No se puede admitir que se hable de la falta de censura previa y de una demanda de responsabilidad ulterior, lo que causa una limitación.

Hoy, nos perturba que en el canal público, que es de todos, una forma de periodismo utilice la descalificación personal para todos aquellos que no tenemos la opinión del oficialismo.

Celebro el compromiso de venir a despenalizar los delitos de prensa, pero exijo el mismo compromiso cultural con la libertad de expre-

sión para erradicar todo lo que nos ha dejado la dictadura.

No se pueden seguir utilizando las escuchas telefónicas ni descalificar personalmente cuando se quieren fortalecer los argumentos. También hay que incorporar como cultura el derecho a la opinión y a no ser descalificado, porque es duro reconocer las palabras soeces, pero mucho más duro es reconocer una actitud de falta de respeto o de querer sacarnos del mapa.

**Sra. Presidenta** (Vaca Narvaja). – Su tiempo ha concluido, señora diputada.

**Sra. Morandini**. – Ya termino, señora presidenta.

Es cierto que he cambiado la pluma por la tribuna, pero no por eso dejo de tener compromiso con el concepto de los derechos humanos, que están ligados con la vida y la libertad de expresión. Todo no se agota en la libertad que tengo de decir lo que quiero, sino que se realiza en el respeto que tengo por el otro cuando opina de manera diferente.

Entonces, confiemos en que no haya más casos Kimel, pero no porque tengamos una legislación de avanzada sino porque los argentinos finalmente nos hemos apropiado de una cultura de la libertad y de los derechos.

Así vamos a tener motivo de celebración, ya que estaremos construyendo finalmente una cultura democrática, donde los derechos humanos sean universales y no apenas para algunos.

–Ocupa la Presidencia el señor presidente de la Honorable Cámara, doctor Eduardo Alfredo Fellner.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Se va a votar en general el dictamen de mayoría de la Comisión de Legislación Penal recaído en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo por el cual se modifica el Código Penal de la Nación sobre el delito de calumnias e injurias, Orden del Día N° 2.114.

–Se practica la votación nominal.

–Conforme al tablero electrónico, sobre 169 señores diputados presentes, 154 han votado por la afirmativa y 12 por la negativa, registrándose además 2 abstenciones.

**Sr. Secretario** (Hidalgo). – Se han registrado 154 votos por la afirmativa y 12 por la negativa.

–Votan por la afirmativa los señores diputados Acosta, Acuña, Albarracín, Albrisi, Alvaro, Ardid, Areta, Argüello, Arriaga, Augsburger, Baldata, Barrios, Bartolucci Basteiro, Bedano, Belous, Benas, Bernazza, Bertone, Bianchi Silvestre, Bianco, Bidegain, Bisutti, Brillo, Brue, Calchaquí, Canela, Cantero Gutiérrez, Carca, Carlotto, Carmona, Caselles, Castaldo, Cejas, César, Chiquichano, Cigogna, Comelli, Conti, Córdoba (J. M.), Cortina, Cuccovillo, Daher, Damilano Grivarello, Dato, De la Rosa, De Narváez, Di Tullio, Díaz Bancalari, Díaz Roig, Díaz, Donda Pérez, Dovená, Erro, Fabris, Fadel, Fein, Fernández Basualdo, Ferrá de Bartol, Fiol, Flores, Galantini, García (S. R.), Genem, Gerez, Giannettasio, Gil Lozano, Gioja, Giudici, Godoy, González (M. A.), Gorbacz, Gullo, Heredia, Herrera (A.), Herrera (J. A.), Ibarra, Ilarregui, Irrazábal, Iturrieta, Katz, Korenfeld, Kroneberger, Kunkel, Lanceta, Landau, Leguizamón, Lenz, Leverberg, Llanos, Llera, Luna de Marcos, Macaluse, Marconato, Martiarena, Martín, Martínez Oddone, Merchán, Merlo, Montero, Morandini, Morante, Morejón, Moreno, Morgado, Morini, Naím, Oliva, Osorio, Pais, Paroli, Pasini, Pastoriza (M. A.), Pérez (J. R.), Perié (H. R.), Perié (J. A.), Piumato, Portela, Porto, Prieto, Puiggrós, Quiroz, Recalde, Rico, Rioboó, Rodríguez (E. A.), Rodríguez (M. V.), Román, Rossi (A. O.), Rossi (A. L.), Rossi (C. L.), Ruiz, Salim, Salum, Sánchez, Sapag, Segarra, Serebrinsky, Sluga, Snopek, Solanas, Soto, Sylvestre Begnis, Tomaz, Torfe, Torrontegui, Ulrich, Vaca Narvaja, Vargas Aignasse, Velarde, Viale, Vilariño, West y Zancada.

–Votan por la negativa los señores diputados Amenta, Arbo, Bertol, Bullrich (E. J.), De Marchi, Gardella, Hotton, Ledesma, Petit, Pinedo, Roldán y Satragno.

–Se abstienen de votar las señoras diputadas Berraute y Herrera (G. N.).

**Sr. Presidente** (Fellner). – Se hará constar el voto afirmativo de los diputados Genem, García y Gioja.

En consideración en particular el artículo 1º.  
Se va a votar.

–Resulta afirmativa.

–Sin modificaciones, se vota y aprueba el artículo 2º.

**Sr. Presidente** (Fellner). – En consideración el artículo 3º.

Tiene la palabra la señora diputada por la Capital.

**Sra. Giudici.** – Señor presidente: solicitamos que en el artículo 3º, que modifica el artículo 111 del Código Penal, se incorpore como artículo 111 bis una redacción taxativa para dejar en claro la doctrina de la real malicia y también lo que ha recogido nuestra Corte Suprema en materia de la inversión de la prueba.

Proponemos como artículo 111 bis la siguiente redacción: “La difusión de información y/o de juicios de valor que realizada por cualquier medio periodístico versare sobre hechos de interés público y estuviera referida a funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y/o a personalidades públicas que se involucren en cuestiones de relevante interés público sólo será punible si el denunciante o querellante probare la intención de difundir una falsedad y/o la absoluta despreocupación del medio periodístico por corroborar la veracidad de la información y/o juicio de valor difundido”.

**Sr. Presidente** (Fellner). – ¿Acepta la comisión?

**Sra. César.** – No, señor presidente; no aceptaremos modificaciones al proyecto.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Se va a votar el artículo 3º en los términos del dictamen de mayoría.

–Resulta afirmativa.

–Sin observaciones, se vota y aprueba el artículo 4º.

**Sr. Presidente** (Fellner). – En consideración el artículo 5º.

Tiene la palabra la señora diputada por la Capital.

**Sra. Giudici.** – En el mismo sentido que la modificación anterior –porque nos parece que tiene que quedar absolutamente reflejado en la redacción lo que ya señalamos acerca de la jurisprudencia y la doctrina de la real malicia–, proponemos reemplazar el artículo 113 por el siguiente texto: “La publicación y/o reproducción por cualquier medio de prensa de injurias y calumnias inferidas por un tercero sólo será punible si el denunciante o querellante

te probare alguna de las siguientes omisiones referidas a la publicación y/o reproducción: a) que la misma no resulte fiel y no se haya atribuido en forma directa a una fuente; b) que no se haya mantenido en reserva la identidad de las personas involucradas; c) que la misma no se haya realizado en términos potenciales y no asertivos”.

**Sr. Presidente** (Fellner). – ¿Qué opina la comisión?

**Sra. César.** – No aceptaremos modificaciones al proyecto.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Se va a votar el artículo 5° en los términos del dictamen de mayoría.

–Resulta afirmativa.

**Sr. Presidente** (Fellner). – En consideración el artículo 6°.

Tiene la palabra la señora diputada por la Capital.

**Sra. Giudici.** – Señor presidente: en este punto coincidimos con la propuesta del CELS, que en su informe ha señalado que para dejar bien en claro la cuestión y que no haya dificultad interpretativa ni incongruencia entre el Código Penal y el Código Civil, es necesario modificar el artículo 1089 de este último a continuación del artículo 6° del dictamen de mayoría.

Para ello proponemos la siguiente redacción: “Si el delito fuere de calumnia o injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir en sede civil una indemnización pecuniaria si probare que de la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el imputado no probare la verdad de la imputación”. Y éste es el agregado: “Estará exenta de responsabilidad civil la imputación realizada por opiniones o comentarios vertidos contra funcionarios públicos en virtud de actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones y/o la imputación realizada en virtud de la difusión de información y/o de la emisión de juicios de valor por cualquier medio periodístico referidos a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones en la medida en que el reclamante no probare, además del daño efectivo, las pruebas exigidas para tales

supuestos por los artículos 111 y 111 bis del Código Penal de la Nación”.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Tiene la palabra la señora diputada por Buenos Aires.

**Sra. César.** – Señor presidente: en verdad me parece interesante la proposición de la señora diputada, pero creo que –incluso por una cuestión técnica– el articulado es demasiado largo. Por eso, yo propondría que en todo caso la señora diputada elabore algún otro proyecto y entonces lo podríamos rever antes de finalizar las sesiones de este año. Hoy, no vamos a aceptar la inclusión solicitada.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Tiene la palabra la señora diputada por la Capital.

**Sra. Giudici.** – Señor presidente: me parecía que ése era el nudo central del proyecto; lo reflejamos en todas las iniciativas y también con el CELS. La verdad es que lamento que no podamos hacer esta incorporación, porque realmente sería dejar claro el texto y atenernos a lo que ha mandado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Se va a votar el artículo 6° en los términos del dictamen de mayoría.

–Resulta afirmativa.

–El artículo 7° es de forma.

**Sr. Presidente** (Fellner). – Queda sancionado el proyecto de ley.<sup>1</sup>

Se comunicará al Honorable Senado. (*Aplausos.*)

## 12

**REGIMEN ESPECIAL PARA EL DISEÑO, CONSTRUCCION, ADQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS, MONTAJE, PUESTA EN MARCHA, RECEPCION, OPERACION Y MANTENIMIENTO DE UNA CUARTA CENTRAL DE UNO O DOS MODULOS DE ENERGIA DE FUENTE NUCLEAR A CONSTRUIRSE Y REACONDICIONAMIENTO PARA LA EXTENSION DE VIDA DE LA CENTRAL NUCLEAR “EMBALSE”**

**Sr. Presidente** (Fellner). – La Presidencia informa a los señores diputados que vamos a continuar con el tratamiento del orden del día tal cual fue aprobado, es decir que ahora con-

1. Véase texto de la sanción en el Apéndice. (Pág. 830.)

trario. No obstante, y nuevamente, del mismo modo en que la parte que solicita la medida aporta un relato intentado mostrar la ilegitimidad del acto, resulta razonable que la administración pueda argumentar en vistas a su legitimidad y, para esto, es menester correr el traslado que el proyecto bajo tratamiento pretende regular.

Por lo expuesto, es que me inclino a votar favorablemente el proyecto bajo examen.

8

### INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA DIPUTADA RODRIGUEZ

#### **Fundamentos del apoyo de la señora diputada al dictamen de mayoría de la Comisión de Legislación Penal por el que se modifica el Código Penal de la Nación en materia de calumnias e injurias**

El mensaje<sup>1</sup> 1.243/09 y proyecto de ley P.E.-25-2009, por el cual se modifican los artículos 109, 110,

1. Mensaje 1.243/09 y proyecto de ley.

Iniciado: Diputados expediente: 25-P.E.-2009.

Publicado en: Trámite Parlamentario N° 114 Fecha: 11/9/2009.

Delito de calumnias e injurias: modificación de los artículos 109, 110, 111, 113, 117 y derogación del artículo 112 del Código Penal de la Nación.

Firmantes: Fernández de Kirchner, Cristina, Poder Ejecutivo; Fernández, Aníbal, Poder Ejecutivo; Alak, Julio, Poder Ejecutivo; giro a comisiones en diputados: Legislación Penal.

Textualmente, el proyecto del PEN:

“Artículo 1° – Sustitúyese el artículo 109 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

“Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

“Artículo 2° - Sustitúyese el artículo 110 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

“Artículo 110: El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

“Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

“Artículo 3° – Sustitúyese el artículo 111 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

“Artículo 111: El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

“1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.

“2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

111, 113, 117 y deroga el artículo 112<sup>2</sup> del Código Penal de la Nación, sobre el delito de calumnias e injurias, fue ingresado en la Cámara de Diputados de la Nación el 11 de septiembre de 2009.

Previamente, la presidenta de la Nación, en su discurso ante la LXIV Asamblea ONU,<sup>3</sup> Nueva York, el miércoles 23 de septiembre de 2009, adelantó que:

“Arribamos también a un acuerdo con la Corte Interamericana para enviar al Congreso, cosa que ya he hecho, un proyecto de ley para eliminar el delito de calumnias e injurias sobre los periodistas. Un homenaje a la libertad de prensa, a la libertad de expresión pero, fundamentalmente, creo que debe ser entendido a todos los ciudadanos. Repugna que en el siglo XXI alguien pueda ser condenado a prisión por decir algo y expresarlo libremente”.

Primeramente, enumeraremos una serie de observaciones sobre esta iniciativa:

Quizás resulte innecesariamente redundante repetir, en este recinto, las ya clásicas consideraciones acerca de la importancia de la libertad de expresión, así como la asociación inherente entre democracia y libertad de expresión. Lo que se discutía, y se vuelve a discutir hoy, es cuáles son las herramientas de política pública que el Estado debe utilizar para maximizar la potencia de la democracia.

Aun así, posiblemente, deba recordar someramente que la libertad de expresión merece y goza de una particular protección –incluso con relación a otros bienes dignos de tutela– a causa de que por medio de ella se satisfacen otros derechos y propósitos políticos. La libertad de expresión más robusta es necesaria para que exista un debate público vigoroso en el que la ciu-

<sup>2</sup>En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

<sup>3</sup>Artículo 4° – Derógase el artículo 112 del Código Penal de la Nación.

<sup>4</sup>Artículo 5° – Sustitúyese el artículo 113 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

“Artículo 113: El que publique o reproducir, por cualquier medio, injurias o calumnias referidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

<sup>5</sup>Artículo 6° – Sustitúyese el artículo 117 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

“Artículo 117: El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

<sup>6</sup>Artículo 7° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.”

2. Artículo 112: El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del mínimo a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta.

3. [http://www.casarsosada.gov.ar/index.php?option=com\\_content&task=view&id=6407&Itemid=66](http://www.casarsosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=6407&Itemid=66)

dadanía pueda intervenir y así incidir en los asuntos que interesan a la comunidad. La libertad de expresión es necesaria también para el control de los actos de gobierno, pues sólo mediante el espacio suficiente para la información es que la ciudadanía puede conocer de modo crítico la actividad de sus mandatarios. Y finalmente, la libertad de expresión más extensa es necesaria para que —expresándose— las personas puedan llevar adelante sus planes de vida y también conocer las posibilidades existentes para elegir el plan de vida que les resulte más conveniente.

La Corte Interamericana en el caso “Kimel”<sup>1</sup> identificó dos serias dificultades en la legislación argentina: por un lado advirtió acerca del problema de la proporcionalidad entre la lesión a los bienes jurídicos involucrados en los tipos de calumnias e injurias y las sanciones previstas, que alcanzan los tres años de prisión. Por otro, identificó un problema serio en la descripción de los supuestos de hecho que en la práctica judicial permite una constante confusión entre calumnias e injurias y que impide que las personas puedan representarse seriamente ex ante cuál es la conducta prohibida.

Resulta significativo narrar, además de lo resuelto por la CIDH, algunas circunstancias del caso:

Si bien en principio la Comisión Interamericana se limitó a sostener que el Estado argentino violaba con sus dispositivos penales el artículo 13 de la Convención Americana, la Corte entendió que, además, existía una afectación al principio de legalidad consagrado en el artículo 9º del Pacto. Y —según el tribunal— esto se advierte en la medida en que:

“En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9º de la Convención Americana”.<sup>2</sup>

Agravado por que es el propio Estado argentino quien asume esta problemática como violatoria de la

Convención cuando en su contestación de demanda señala que:

“Finalmente, y habida cuenta que, hasta la fecha, las distintas iniciativas legislativas vinculadas con la normativa penal en materia de libertad de expresión no han sido convertidas en ley, el Estado argentino puede compartir con la ilustre comisión que, en el caso en especie, la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Insisto, este reconocimiento, sobre “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión importa el incumplimiento [...] del artículo 2º de la Convención” la hizo el Estado argentino por medio de la Cancillería, es decir, esto lo dijo nuestra presidenta.

Este único dato, en realidad, bastaría para concluir que el proyecto del Poder Ejecutivo nacional, dado que no modifica la descripción de los supuestos de hecho típicos, no cumple con las obligaciones internacionales. Pero, aún es posible ir más allá.

La CIDH también sostuvo que si bien el honor es un bien jurídico reconocido en la Convención y que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, las sanciones penales, para ser admisibles, deben ser necesarias y proporcionales. En este sentido indicó que:

“En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.

Atacando la proporcionalidad, la CIDH no sólo cuestionó la razonabilidad de la pena de prisión, sino que también advirtió que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la inscripción en el registro de antecedentes, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal, el efecto estigmatizador de la condena penal e incluso la multa constituyen una afectación grave a la libertad de expresión.

De esto es fácil concluir al menos dos cuestiones:

1. El tipo de injurias es vago y viola el principio de estricta legalidad.

2. Cuando se señala un problema de proporcionalidad, no se está haciendo referencia únicamente a la falta de relación razonable entre la prisión y la lesividad de las conductas descritas, sino a todas las consecuencias del proceso penal. De modo que tampoco la eliminación de la previsión de pena privativa de libertad cumple del todo con las exigencias de la Corte Interamericana.

1. Corte IDH, 2/5/2008; “Kimel vs. Argentina”.

2. Si bien esta consideración aparece en el caso “Kimel”, es una cita que hace la propia CIDH del caso “Castillo Petruzzi”.

Siendo claro que el proyecto del Poder Ejecutivo nacional no cumple con lo resuelto en Kimel, resta agregarle otras gravísimas deficiencias.

El proyecto del Poder Ejecutivo nacional al incorporar como causa de exclusión de la responsabilidad el tratamiento de asuntos de interés público, pretende incorporar a la legislación la doctrina de la real malicia creada por la Corte Suprema de Justicia Norteamericana en el caso “*New York Times vs Sullivan*”, y luego recogida por nuestra Corte Suprema en varios casos de los cuales sólo citaré el último: el conocido caso “Patitó”. La doctrina de la real malicia, es identificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como una doctrina arraigada directamente en la Constitución Nacional, lo que necesariamente implica que cualquier reforma de la ley que no la contemple puede devenir en inconstitucional. Según esta doctrina el tratamiento de asuntos de interés público cuando involucra –incluso lesionando al honor– a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en asuntos de interés público, no puede generar responsabilidad, a no ser que el afectado acredite que quien afirma el hecho falso o inexacto obró con conocimiento de la falsedad de la información, o con notoria despreocupación por el control de su veracidad. La referencia a funcionarios, figuras públicas, y particulares involucrados en asuntos de interés públicos no es azarosa. De lo que se trata es de asegurar mecanismos de protección diferenciados. De esta manera, la ciudadanía puede tener preservado su derecho al honor mientras que aquellas personas más expuestas al control de los medios de comunicación resultan, correlativamente, menos protegidas. Este doble estándar admitido por nuestro máximo tribunal, además de operar para asegurar un debate robusto, vigoroso y desinhibido, también marca una pauta para la identificación de los asuntos de interés público. Incorporar, como lo hace el proyecto del Poder Ejecutivo nacional, la categoría de “asunto de interés público” sin hacer ninguna clase de referencia a quiénes pueden ser los involucrados en él pone en una situación de desprotección formal al conjunto de la ciudadanía, mientras que le quita a la categoría una de las pautas que se usan para su identificación apropiada.

También, yerra seriamente el Poder Ejecutivo nacional cuando introduce en el artículo 110 del Código Penal la exclusión de la responsabilidad en aquellos casos en los que “los calificativos lesivos del honor guardasen relación con un asunto de interés público”. Dejando de lado el hecho de que en sentido estricto no es el calificativo en sí (sustantivo adjetivado, o adjetivo) el que guarda relación con un asunto de interés público, sino que el vínculo se establece entre el interés público y la calificación (el verbo de descalificar), es notable que la introducción de este párrafo equivale a que todas las opiniones, pues las calificaciones no son más que opiniones sin afirmación de hecho alguna, que no estén ligadas a asuntos de interés público pueden generar responsabilidad penal. Es decir, no introduce

en la exclusión de la responsabilidad a aquellos casos en los que simplemente se trata de meras opiniones que ni siquiera constituyen afirmaciones de hecho.

La última consideración pertinente acerca del proyecto del Poder Ejecutivo nacional es la referida al efecto inhibitorio de la persecución penal y sus costos en clave democrática.

Si pensamos que el debate robusto, vigoroso y desinhibido es una condición necesaria de la democracia, entonces pronto nos veremos tentados a remover los obstáculos existentes para que las personas se expresen. Uno de esos obstáculos, que se agudiza cuando se trata de funcionarios públicos pero que de ningún modo se agota allí, es de la previsión legal de sanciones al mero ejercicio de la expresión. En el ámbito penal, al menos en nuestro país donde durante el año 2008 se registraron poco más de 600 procesos por delitos contra el honor y más de una decena de condenas –más allá que probablemente fuesen en su totalidad de ejecución en suspenso–. La verdadera problemática no está encarnada por el efectivo encarcelamiento de opositores ni periodistas comprometidos seriamente con la investigación al poder. Sin embargo, estos 600 procesos no son un dato alentador aunque el índice de condenas sea apenas superior al 1,5 %. Estos 600 procesos se inscriben en lo que es conocido como *chilling effect* y que puede ser traducido como efecto inhibitorio; es el efecto inhibitorio de las previsiones legales de sanciones. Como observó la Corte Interamericana en el caso “Kimel”, la sola posibilidad de apertura de un proceso penal ya implica una lesión al derecho de libre expresión y eso es porque la sola posibilidad de un proceso –aun en el caso de que probablemente no concluya con una condena– es un incentivo desalentador para que periodistas, dirigentes políticos e incluso particulares, se abstengan de hacer determinadas manifestaciones.

Además, el *chilling effect* no se restringe al ámbito de la amenaza penal, sino que también puede ser producido por el hecho de que las indemnizaciones fijadas en sede civil sean de montos suficientes como para que a una buena parte de la población le resulte excesivamente oneroso manifestarse corriendo el riesgo de condena adversa. No sé de casos de laboratorio trabajosamente contruidos. Sólo para tomar un ejemplo, pues hay muchos, la condena fijada en el caso “Díaz de Vivar c/ Neustadt”, que quedó fijada en 80.000 pesos más costas e intereses. Esta sentencia es del año 1999 y aunque no dudamos de la excelente reputación de la jueza Díaz de Vivar, resulta difícilmente aceptable que los montos establecidos en relación con una la reparación al honor puedan superar, en el monto, a muchas cuantificaciones de valor vida de trabajadores.

Como agravante también cabe decir que este *chilling effect* es selectivo, los altos montos indemnizatorios no afectan de igual modo a todos/as lo/as habitantes: el impacto que puede tener una indemnización de

80.000 pesos varía de acuerdo con el poder adquisitivo de cada uno y a su vez el honor tiende a tasarse de acuerdo con patrones clasistas, sexistas y elitistas que nos alejan bastante del horizonte de una república.

En consecuencia, cualquier reforma legislativa que no contemple que los montos de multas e indemnizaciones pueden tener un fuerte efecto inhibitorio y que no repliquen, para los asuntos de interés público, las mismas garantías en sede civil que en sede penal, puede ejercer más daño que beneficios sobre la libertad de expresión.

Por eso, ha sido destacable el recorrido que se encontraba haciendo esta Cámara de Diputados, hasta el momento del anuncio de la presidenta del envío de este proyecto al Congreso. Hasta entonces, los/as diputados/as ya habíamos escuchado en la Comisión de Libertad de Expresión a los peticionantes del caso “Kimel”, especialmente al CELS, habíamos trabajado acercando posiciones e incluso las reuniones de asesores ya habían obtenido como resultado un borrador de dictamen para pasar a la consideración de los diputados/as, que recogía un proyecto de mi autoría que lleva la firma de diputados de la mayoría de los bloques mayoritarios, pero que, además, incorporaba iniciativas de otros diputados y que receptaba alguna de las observaciones del CELS. Ese fue el resultado del trabajo deliberativo.

Ese resultado, ampliamente superador del proyecto del Poder Ejecutivo nacional, disponía de la derogación de todo el título de delitos contra el honor, resolviendo así definitivamente el problema de la estricta legalidad, pues al menos en la región ha sido imposible la redacción de un tipo de injurias capaz de cumplir con las exigencias de la estricta legalidad; resolvía también el problema del efecto inhibitorio del mismo proceso penal; y cerraba el sistema con la incorporación en la legislación civil del estándar de la real malicia, obligando a todos los tribunales a tratar la responsabilidad originada por expresiones de un modo consistente con la protección especial que nuestra constitución le otorga a este derecho.

Pero, además, y esto surgido de la iniciativa del diputado Prieto, incorporaba la réplica como mecanismo de reparación receptando las indicaciones de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 6 y lo fallado en el caso “Petric” por nuestra Corte Suprema. Con el sincero entendimiento de que la réplica puede servir eventualmente para reforzar, antes que debilitar el debate público.

Por último, es imposible concluir sin destacar un hecho desafortunado e íntimamente ligado a la historia de este proyecto. La presidenta de la Nación, al momento de anunciar el envío de este proyecto a este Congreso, aseguró que se trataba de una iniciativa para promover la supresión de las figuras de calumnias e injurias. Se trata de un grave error, que queremos aclarar, por el que todavía muchos creen que hoy

estamos tratando la derogación del título del Código Penal referido a los delitos contra el honor.

Subrayar ese error es importante, por un lado para advertir cuál fue el contenido verdadero de la iniciativa del Poder Ejecutivo, pero por otro, para pensar que quizás la derogación de las normas penales del caso, como proponía en mi proyecto, tampoco equivale a la desprotección de los bienes jurídicos, que países como México donde la tutela penal del honor es inexistente, no están en una situación de total desprotección de estos bienes jurídicos. La vía de esta protección no siempre tienen que ser sanciones penales que se aplican cuando los bienes concretos ya están lesionados.

Para mayor abundancia de fundamentos, reproducimos, entonces, de modo textual aquellos expresados en el proyecto de ley, expediente 946-D.-2009 de mi autoría,<sup>1</sup> ingresado el 19 de marzo de 2009. El mismo fue acompañado por los/as sres/as diputados/as Diana Conti, Nora César y Héctor Recalde (FPV); Claudio Lozano (Proyecto Sur); Vilma Ibarra y Victoria Donda (Encuentro Popular y Social); Laura Sesma (PS); Fernando Sánchez (Coalición Cívica); Pedro Azcoiti y Rubén Lanceta (UCR); Alicia Comelli (Movimiento Popular Neuquino) y Emilio García Méndez (SI).<sup>2</sup>

La presentación de nuestra iniciativa<sup>3</sup> responde a tres finalidades principales:<sup>4</sup>

1. Proyecto de ley. Iniciado: Diputados expediente: 0946-D-2009. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 14 Fecha: 19/3/2009. Calumnias e injurias: derogación del título II, libro II del Código Penal, sobre delitos contra el honor, artículos 109 a 117 bis, y de los artículos 1.089 y 1.090 del Código Civil y modificación del artículo 1.071 bis, e incorporación del 1.071 ter.

2. Al momento de presentarse el expediente 25-P.E.-09, este proyecto se encontraba en tratamiento en la Comisión de Legislación Penal, junto con proyectos de otros/as legisladores/as.

3. El estudio de este proyecto de ley, se inicia el 15 de abril de 2009. Tal como se lee en la versión taquigráfica de la reunión de la Comisión de Libertad de Expresión de ese día. (Hemos invitado a esta reunión a algunos miembros del Centro de Estudios Legales y Sociales-CELS, porque tomamos conocimiento de la iniciativa que han elaborado sobre modificación de la normativa que rige los delitos de calumnias e injurias.) En esa ocasión el doctor Felgueras señaló: “Desde hace mucho tiempo el Centro de Estudios Legales y Sociales viene buscando, junto con otros organismos, la derogación lisa y llana de los delitos de calumnias e injurias. En realidad se trata de la derogación de todo el título, a fin de que lo que en doctrina se conoce como abuso del ejercicio de la libertad de expresión tenga sólo sanción de tipo pecuniario y no sanción penal. Tomamos conocimiento de un proyecto presentado hace poco, suscrito por varios firmantes, que propone la derogación total, que es la posición que el CELS mantiene como propia. Por supuesto lo acompañaríamos si se obtuvieran las voluntades suficientes en este Congreso para apoyar la derogación y en ese caso dejaríamos sin efecto este proyecto que hicimos sobre la cuestión penal”.

4. Libro segundo: “De los delitos”. Código Penal, ley 11.179, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 30-9-1921, publicada en el Boletín Oficial del 3-11-1921, número: 8.300. Código Civil, ley 340, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 25-9-1869, observaciones: publicado en R.N. 1.863/69, pág. 513.

1. La derogación del título II de delitos contra el honor del Código Penal.

2. La reforma del régimen de reparaciones civiles, de modo tal que se recepte legislativamente la doctrina de la “real malicia” y la jurisprudencia local e internacional en la materia, la contemplación expresa de la retractación y la rectificación públicas como mecanismo reparador.

De esta manera, se pretende, también, dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien claramente aseveró la incompatibilidad de las figuras penales de calumnias e injurias previstas en el Código Penal argentino, con los artículos 13 (libertad de expresión) y 9º (principio de legalidad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera, ordenó “adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>1</sup>

Como adelantamos, en nuestra iniciativa referimos:

Primera Parte: Protección constitucional de la libertad de expresión.

### 1. *La libertad de expresión en la Constitución Nacional y los tratados internacionales*

La libertad de expresión se encuentra expresamente prevista en nuestra Constitución Nacional en el artículo 14 que dispone que: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Asimismo, diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional reconocen y protegen expresamente la libertad de expresión.

El artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone que: “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”.

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que: “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”.

Con la simple lectura de estas normas, puede concluirse sin mayores dudas que nuestro ordenamiento jurídico supremo (Constitución y tratados con jerarquía constitucional) establece una fuerte protección a este derecho.

Por otra parte, los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional disponen, por un lado, que los derechos no son absolutos y que deben ser reglamentados; y, por el otro, que esta reglamentación no puede alterar este derecho.

Cabe entonces fijar cuáles son las líneas que nuestra legislación debe tener en cuenta al regular este derecho. Es decir, cuáles son los presupuestos y los límites que afectarán el ejercicio de la libertad de expresión en el marco de una democracia constitucional.

### 2. *Las limitaciones a la libertad de expresión*

Existen muy buenas razones para otorgar una especial protección al derecho a la libertad de expresión. La consecuencia normativa de esta postura será que las limitaciones a este derecho serán excepcionales y claramente establecidas. En resumen, y como profundizaré más adelante, la libertad de expresión debe interpretarse a la luz de una teoría constitucional y una teoría democrática que sea consistente tanto con la protección de las minorías como con el autogobierno de nuestra sociedad.

#### 2.1. *La libertad de expresión y la democracia*

Actualmente parece poco discutible que las democracias requieren del mayor número de voces que participen en ellas. Tampoco resulta dudoso que cuantas más voces lo hagan mayor será la riqueza que de sus instituciones surja. Por ello mismo, un primer esfuerzo de estas instituciones debe tender a ampliar la can-

Artículo incorporado por artículo 1º de la ley 21.173, Boletín Oficial 22/10/1975.

1. Corte IDH; 2/5/2008; “Kimmel vs. Argentina”, punto resolutivo N° 11.

tidad de participantes. Sin embargo, igualmente relevante resulta la posibilidad de que estas voces puedan ser escuchadas no sólo con igual posibilidad, sino con idéntica capacidad de expresarse.

De allí que no es difícil sostener la importancia estructural que tiene el derecho a la libertad de expresión en la democracia argentina. La libertad de expresión resulta ser uno de aquellos pilares fundamentales sobre los que se estructuran los sistemas democráticos modernos. Ella permite el libre flujo de ideas, el control del poder, el diálogo político e incluso la formación de la propia identidad individual y colectiva.

Tal como lo reconoce Gargarella, la libertad de expresión puede caracterizarse a partir de dos pautas principales: “En primer lugar, se afirma que es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y en segundo lugar, que es necesario que tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva.”<sup>1</sup>

Por esto mismo, una correcta manera de entender la libertad de expresión es la que la asocia con la necesidad de contar, en un sistema democrático, con un robusto intercambio de ideas. La democracia, desde este punto de vista, es un sistema de autogobierno por el cual la ciudadanía decide colectivamente cuáles son las reglas que regirán su vida como comunidad política. La idea de autogobierno requiere que la ciudadanía participe en una discusión pública acerca de cuáles son las mejores respuestas a problemas públicos.

Esta búsqueda se enriquece en la medida en que el intercambio de ideas y perspectivas es más variado y representativo de la diversidad de puntos de vista existentes en una sociedad determinada y se empobrece cuando esos puntos de vista se reducen en cantidad y variedad. El problema serio es, desde esta visión democrática de la libertad de expresión, que el empobrecimiento del debate público deriva en el mal funcionamiento del sistema político y en la calidad de las decisiones a las que se arrije en forma colectiva.

En nuestra Constitución Nacional, en su parte histórica, esto se percibe de manera manifiesta en las llamadas inmunidades parlamentarias. La función de que los legisladores –en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Nacional– tengan “inmunidad de opinión”, no es otra que la de asegurar el debate público. El constituyente, ya en 1853, advirtió que los representantes del pueblo debían estar liberados de la coerción penal, así como la de cualquier otra índole, por lo que de sus opiniones pudiese surgir cuando se tratara de asuntos públicos. La máxima elemental que respaldaba esta observación es que la amenaza penal limitaría el debate haciendo fracasar su función, su objeto y amputando la misión misma de la representación. La reforma de 1994 implicó un paso

hacia la apertura de nuevos mecanismos de participación, lo que implicó una revisión del posicionamiento axiológico con relación a la representación. No caben dudas, y el análisis de las fuentes así lo indica, que el constituyente de 1853 guardaba ideas aristocráticas temerosas de la amplia participación política de la ciudadanía.<sup>2</sup> De esta manera, resultaba razonable restringir la inmunidad de opinión a los representantes, pues sobre ellos, y sólo sobre ellos, gravitaría el debate público. Pero, luego de la reforma de 1994, ha quedado claro que nuestra comunidad política alienta y promueve el debate público y mecanismos de democracia semidirecta que constituyen a todos los ciudadanos y ciudadanas en representantes de sí mismos. De modo tal que sería contradictorio con la orientación política manifiesta del texto constitucional, el hecho de que únicamente los legisladores pudiesen desplegar sus opiniones sin temor a sanciones penales, y que la ciudadanía no pudiese expresarse por sí misma sin intermediarios de forma equivalente.<sup>3</sup>

La libertad de expresión, desde esta visión, no es sólo y excluyentemente un derecho a la autodeterminación autónoma de la persona sino que se constituye fundamentalmente como precondition del sistema democrático. Así, esta forma de ver la libertad de expresión dará lugar a una regulación estatal que tienda a robustecer el debate público.

Esta es la naturaleza que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha dado al artículo 13 del Pacto de San José al decir que “...cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”<sup>4</sup>

Asimismo, la Corte Interamericana expresó: “...en la arena sobre temas de alto interés público no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también de aque-

1. *Teoría y crítica constitucional*, tomo II, Roberto Gargarella comp., Buenos Aires, 2008.

2. Las restricciones en el derecho a voto así como los requisitos para ser legislador o presidente son pruebas concluyentes de esto, pero también este espíritu aristocrático aparece en el propio Alberdi y se ve de forma radical en el pensamiento de James Madison.

3. Esta postura es sostenida por A. Meiklejohn en “The First Amendment is an absolute”, publicado en *The Supreme Court Review*, 1961.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva N° 5.

llas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En la sociedad democrática, la prensa debe informar de manera amplia sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios deben rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”.<sup>1</sup>

Partiendo entonces de estas premisas, no es difícil advertir el relevante papel que desempeña en la democracia la prensa y, con ella, la crítica ciudadana a los funcionarios públicos.

En este sentido, si la democracia requiere que los cargos sean elegidos por el pueblo y que los diversos funcionarios públicos sean receptivos a los deseos e intereses del pueblo, entonces los ciudadanos dependen de determinadas instituciones para que les informen acerca de la posición política de los diversos funcionarios, sobre la evaluación de políticas públicas, etcétera.

Al respecto, Owen Fiss sostiene que “en las sociedades modernas, la prensa organizada, incluida la televisión, es quizás la principal institución que desempeña este cometido, y para poder cumplir con estas responsabilidades democráticas, necesita un cierto grado de autonomía respecto del Estado”.<sup>2</sup> Así, esta autonomía tiene una doble esfera: una económica, relacionada con el financiamiento, y otra jurídica, vinculada con la capacidad del Estado de silenciar a sus críticos a través de procesos penales, entre otro mecanismo, algunos de ellos más sutiles de censura indirecta como la distribución de las pautas publicitarias del Estado.

Esto indica que cuanto mayor es la capacidad del Estado para acallar o amedrentar a la prensa, más daño se producirá al nervio deliberativo de nuestra democracia. En definitiva, los delitos de calumnias e injurias implican una censura indirecta: a través de la irrazonable tipificación de estas acciones, serán los críticos quienes se verán silenciados en participación democrática, lo que acarreará claras y disvaliosas consecuencias para nuestro proceso deliberativo.

Es decir, a través de la criminalización de ciertos cursos de acción se corre el grave riesgo de que nuestro Estado silencie voces que pueden resultar críticas, y con ello constructivas, para los funcionarios del mismo. Se sostiene así que “ante la gravedad que tiene una sanción penal (en términos profesionales, familiares, personales, económicos, etcétera), la conducta más razonable de cualquier periodista, frente a la amenaza de sanción, será la de silenciar toda información que potencialmente pueda exponerlo a este riesgo”.<sup>3</sup>

1. Ver caso “Kimel”, párr. 88.

2. Fiss, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 71.

3. Santiago Felgueras, “El derecho a la libertad de expresión y las convenciones internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas pendientes”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La ex-*

De esta forma, no sólo quedarán excluidas del debate público las informaciones que no son verdaderas, sino que serán también excluidas –lo cual resulta más grave– aquellas informaciones respecto de las cuales el periodista no tiene absoluta certeza de su veracidad, y aun aquellas que siendo verdaderas y contando con la certeza del periodista acerca de su veracidad, no existe certeza respecto de si podrán ser probadas como verdaderas en juicio. Así las cosas, “una porción significativa de la información sobre hechos de interés público quedaría excluida del debate público como consecuencia de la autocensura que se impondrían los periodistas profesionales –y la propia ciudadanía– ante el temor de terminar con una condena penal”.<sup>4</sup>

## 2.2. Las limitaciones en la jurisprudencia nacional e interamericana

Esta concepción de la democracia, y con ella de la excepcionalidad en la limitación de la libertad de expresión, ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Así lo ha expresado la Corte IDH al recordar que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada”. Es, entonces, como consecuencia de la importancia crucial de esta libertad que “la Convención Americana otorga un ‘valor sumamente elevado’ a este derecho y reduce al mínimo toda restricción del mismo”.<sup>5</sup>

Posteriormente, la Corte Interamericana ratificó la doctrina reseñada en los siguientes términos: “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una so-

*perencia de una década*, CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, págs. 929-964.

4. Santiago Felgueras, “El derecho a la libertad de expresión y las convenciones internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas pendientes”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, págs. 929-964.

5. Caso “La colegiación obligatoria de periodistas”, resuelta el 13/11/1985, OC 5/85, par. 71; ver, en el mismo sentido del mismo tribunal, el caso “Ivcher Bronstein”, sentencia del 6-2-2001, párr. 148.

ciudad que no está bien informada no es plenamente libre”.<sup>1</sup>

En esta dirección, no quedan dudas del rol privilegiado que le reconoce la Corte Interamericana al derecho a la libertad de expresión como pilar fundamental de una sociedad democrática y del Estado de derecho.

En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que: “[...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”.<sup>2</sup>

En el caso “Herrera Ulloa”, la Corte IDH determinó qué tipo de limitaciones son plausibles a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sostuvo al respecto que “es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto; éste puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer

restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”.<sup>3</sup>

Respecto de estos requisitos, la Corte señaló que: “... la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. De este modo, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>4</sup>

En relación con la utilización del derecho penal, la Corte Interamericana expresó la necesidad de restringir al máximo posible su aplicación al considerar que resulta “el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto a una conducta ilícita”.<sup>5</sup>

Por tal razón, resulta claro que a los fines de justificar una restricción a la libertad de expresión no basta que alguna persona “se haya sentido afectada en su honor” por ciertas declaraciones o manifestaciones sino, además, si tal restricción podía ser justificada con base en “una necesidad social imperiosa”.

3. Cfr. African Commission on Human and Peoples Rights, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, Communication N° 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, decision of 31 october, 1998, párr. 54.

4. Cfr. “La colegiación obligatoria de periodistas”, supra nota 85, párr. 46; ver también Eur. Court H. R., Case of *The Sunday Times v. United Kingdom*, supra nota 91, párr. 59; y Eur. Court H. R., Case of *Barthold v. Germany*, supra nota 91, párr. 59.

5. Ver caso “Kimel” citado.

1. Cfr. “La colegiación obligatoria de periodistas”, supra nota 85, párr. 70.

2. Cfr. caso “*Ivcher Bronstein*”, supra nota 85, párr. 152; caso “*La última tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros), supra nota 85, párr. 69; Eur. Court H.R., Case of *Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria*, Judgment of 13 february, 2004, párr. 29; Eur. Court H.R., Case of *Perna v. Italy*, Judgment of 6 may, 2003, párr. 39; Eur. Court H.R., Case of *Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 february, 2002, párr. 37; Eur. Court H.R., Case of *Lehideux and Isorni v. France*, Judgment of 23 september, 1998, párr. 55; Eur. Court H.R., Case of *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Judgment of 20 september, 1994, Series A no. 295-A, párr. 49; Eur. Court H.R. Case of *Castells v Spain*, Judgment of 23 april, 1992, Serie A. N° 236, párr. 42; Eur. Court H.R. Case of *Oberschlick v. Austria*, Judgment of 25 april, 1991, párr. 57; Eur. Court H.R., Case of *Müller and Others v. Switzerland*, Judgment of 24 may, 1988, series A N° 133, párr. 33; Eur. Court H.R., Case of *Lingens v. Austria*, Judgment of 8 July, 1986, Series A N° 103, párr. 41; Eur. Court H.R., Case of *Barthold v. Germany*, Judgment of 25 march, 1985, series A N° 90, párr. 58; Eur. Court H.R., Case of *The Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of 29 march, 1979, series A N° 30, párr. 65; y Eur. Court H.R., Case of *Handyside v. United Kingdom*, Judgment of 7 december, 1976, series A N° 24, párr. 49.

Esta especial protección a la libertad de expresión también ha sido recordada en numerosas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica".<sup>1</sup>

Es por estos motivos, y sobre la base de una concepción de un derecho penal mínimo, que atienda a los intereses más importantes de la sociedad, que proponemos derogar las figuras de calumnias e injurias y modificar asimismo la normativa civil en la materia.

### 3. Doctrina de la "real malicia"

Dado que la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos, el presente proyecto de ley, pretende plasmar legislativamente en materia civil un estándar diferenciado, en el caso en que las manifestaciones se dirijan hacia funcionarios públicos, figuras públicas o particulares.

Este es el fundamento de la doctrina conocida como "real malicia", que ha nacido a partir de una importante decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos: "*New York Times vs. Sullivan*".<sup>2</sup>

Esta doctrina supone que aquellos sujetos vinculados con el interés público deben soportar un mayor nivel de críticas. Esto, al menos en dos sentidos: por un lado deben soportar una mayor cantidad de críticas y observaciones a sus acciones de carácter público; por el otro, estas críticas pueden ser más profundas y severas.

Sostuvo allí el juez Brennan que "a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos". Tal como comenta Gargarella, "...la idea era que en todos los casos de libertad de expresión, pero especialmente en aquellos que tuvieran una clara implicación pública, era imprescindible asegurar un debate lo más amplio y robusto posible, protegiendo al extremo a los críticos del poder".<sup>3</sup>

Este criterio ha sido compartido en numerosos antecedentes jurisprudenciales de nuestro tribunal superior.<sup>4</sup>

Para esta importante doctrina, la categoría "funcionarios públicos" incluye a "...todos aquellos que, revistiendo la jerarquía de empleados gubernamentales, tienen o aparentan tener ante el público una responsabilidad sustancial en la determinación o control de las conductas y actos que se adopten en los asuntos de gobierno".<sup>5</sup>

Por otro lado, "figuras públicas" son "...todas aquellas personas que, sin ser funcionarios del gobierno, son ampliamente conocidas en la comunidad por su prestigio, publicidad, fama, por sus logros, actos u opiniones en las más variadas áreas sociales o temáticas, y que influyen sobre los grupos sociales que, además de no permanecer insensibles, les interesa conocer sus opiniones y conductas".<sup>6</sup>

En suma, cuando nos referimos a "particulares involucrados en asuntos de interés público", hacemos referencia a todos aquellos sujetos "que protagonizan acontecimientos de interés institucional o de relevante interés público".<sup>7</sup>

Esta teoría también ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, en el ya citado caso "Herrera Ulloa", la Corte Interamericana señaló lo siguiente: "La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, hay que distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político". Esa Corte ha manifestado que: "Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (artículo 10.2) permite la protección de la reputación de los demás —es decir, de todas las personas— y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con

1. Conf, entre otros, casos "Abal c/La Prensa"; "Sánchez Abenda c/Ediciones de La Urraca"; "Menem c/Editorial Perfil" y "Baquero Lazcano"; cit.

2. 376 US 255 de 1964.

3. *Teoría y crítica constitucional*, tomo II, Roberto Gargarella, comp. Buenos Aires, 2008.

4. Ver Fallos CS, 319:2741 (*La Ley*, 1996-E, 328), entre otros en idéntico sentido.

5. Badeni, G.; "Las doctrinas 'Campillay' y de la 'real malicia' en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia"; *La Ley*, 2000-C, 1244.

6. Ob. cit.

7. Ob. cit.

los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”.<sup>1</sup>

Continúa la Corte sosteniendo que “en este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”.

Y concluye la Corte: “Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.<sup>2</sup>

Finalmente, en este sentido, el presente proyecto se inscribe en el marco del respeto al sistema interamericano de derechos humanos a partir del precedente de la Corte IDH “Kimel vs. la Argentina”.<sup>3</sup> En el mismo, el ciudadano Eduardo Kimel había sido condenado a un año de prisión en suspenso y a pagar una indemnización por criticar la actuación de un juez en el caso de la “Masacre de San Patricio”, ocurrida durante la última dictadura militar. De esta forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió demandar al Estado argentino ante la Corte IDH.

Al fallar, este tribunal resolvió por unanimidad no sólo indemnizar al ciudadano y dejar sin efecto la sentencia condenatoria que sobre él recayó, sino, además, afirmar que correspondía “...adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (supra párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>4</sup>

A casi un año de la resolución del caso, resulta impropio el tratamiento de esta cuestión. La mora en la cuestión sigue enervando la responsabilidad del Estado argentino en el incumplimiento de las obligaciones internacionales por él contraídas y a las cuales ha reconocido jerarquía constitucional.

Segunda Parte: Los problemas constitucionales de la construcción del bien jurídico honor

Del artículo 19 de la Constitución Nacional, se desprenden los principios de intimidad (en concordancia con el artículo 18), privacidad y lesividad. El alcance e interpretación que se les dé a estos principios serán el pilar del que surgirán las características de las precondiciones para la admisibilidad constitucional de las sanciones penales, no sólo en los casos concretos sino también en la construcción legislativa de los tipos penales.

Una interpretación sistemática y dinámica del texto constitucional debería indicar que –en sintonía con los principios liberales del constituyente de 1853-1860– el articulado mencionado opera como un límite infranqueable –no el único, sino el primero– a la intervención del Estado sobre la conducta de las personas. La fuente del artículo 19 de la Constitución Nacional se reconoce en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano que establece –además de los prerequisites para la imposición de sanciones penales– la primera enunciación de límites al poder estatal para restringir derechos. Sin embargo, la recepción en el ámbito local de los artículos 4° y 5° del documento revolucionario plantea algunas particularidades que es preciso señalar: por un lado, en la Convención Constituyente de 1852 no existió debate alguno sobre la formulación del texto del artículo 19 de la Constitución Nacional; por otro, la redacción se separó de su fuente en la medida en que profundizó sobre los conceptos de privacidad e intimidad como límites adicionales a la intervención estatal, y en que adicionó la afectación al orden o a la moral públicas como causales habilitantes de la acción penal.<sup>5</sup>

Dado que el constituyente optó por una redacción extensiva del artículo 19 (al menos con relación a su fuente francesa) es posible pensar que en la concepción de los “padres fundadores”, las ideas de afectación al orden y a la moral pública tuviesen una función también extensiva del poder penal. En este sentido podría explicarse que todas las acciones no privadas serían susceptibles de conminación penal por vía legislativa, y que las privadas sólo serían susceptibles de pena y tipificación cuando afectasen a terceros, al orden o a la moral pública.

5. Esta noción de orden público en realidad es más moderna y probablemente por eso es que no fue siquiera mentada en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano. De hecho, en nuestra Constitución fue incorporada a petición del convencional Pedro Ferré y tampoco reconocía antecedentes en el derecho local.

1. Cfr. Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria, supra nota 91, párr. 39; Eur. Court H.R., Case of Lings v. Austria, supra nota 91, párr. 42.

2. Ver en el mismo sentido del mismo Tribunal, caso “Canese v. Paraguay”, sentencia del 31/8/2004, párr.102; caso “Palamara Iribarne”, sentencia del 22/11/2005.

3. Corte IDH; 2/5/2008; “Kimel vs. la Argentina”.

4. Punto 11 del resolutorio.

Aunque esta lectura primigenia es posible, no parece ser la deducción más apropiada de un sistema de pensamiento liberal que se encuentra consagrado en el Preámbulo y en los artículos 14, 16, 17 y 18 (además del 19, claro está) de la Constitución Nacional y que como bien sabemos es el que se reconoce en las diferentes fuentes del pensamiento constitucional argentino. Pero, aunque se tratara de una interpretación válida, la lectura de la Constitución Nacional debe ser actualizada a la luz de la evolución del pensamiento constitucional y –fundamentalmente– de la reforma de 1994 que incorporó –además de nuevos derechos y mecanismos de protección–, nuevos principios y valores como la democracia y la igualdad en un sentido material, entre otros.

Así, desde esta nueva perspectiva, cabe analizar someramente el sentido del artículo 19 con el propósito de dotarlo de un contenido afín al sistema republicano de gobierno y a los principios políticos liberales en concordancia con los valores del respeto por los derechos humanos.

El mencionado artículo refiere –en apariencia– a tres supuestos en los que el Estado puede ejercer su *potentia puniendi*: la ofensa al orden, a la moral pública, y la afectación a terceros. Corresponde en principio analizar estos supuestos, observando algunas de las diferentes connotaciones que se le han asignado a las palabras elegidas por el constituyente.

Con una decodificación democrática, republicana y liberal, es absolutamente imposible entender que la expresión “moral pública” importe una moral determinada impuesta desde el Estado y que su afectación sea razón suficiente para la imposición de castigo. Es inconcebible, desde una perspectiva republicana, liberal y democrática, y en un sistema que tiene como eje principal la protección de la persona humana y el respeto por los derechos humanos, siquiera pensar en la potestad del Estado para imponer una moral en sentido unívoco, a menos que esta moral sea un imperativo intersubjetivo que imponga el respeto por la autonomía de las personas y que asegure un espacio de autodeterminación.

La democracia –así entendida– es un sistema cuya fortaleza moral radica justamente en permitir la posibilidad del pleno ejercicio de la libertad y autonomía de las personas.

Esto tiene pleno sentido lógico, pues la adecuación de la conducta a determinados valores cuando es resultado de la absoluta ausencia de libertad para elegir conductas y valores diferentes, es una pretensión propia de los Estados totalitarios que –fuera de los recursos propagandísticos y retóricos– no apelan a la perfección moral, sino a una comunidad total fundada en la obediencia irreflexiva.

Descartando la idea de moral pública como un imperativo de conducta privada determinada, se han construido conceptos no menos autoritarios, aunque sí más racionales, que gravitan sobre una noción sobre-

extendida de orden público y de la afectación al orden público como fundamento suficiente para la persecución penal. A éstos, también, corresponde excluirlos por su contradicción con los principios liberales y democráticos; cualquier idea de orden público que implique la veneración del orden entendido meramente como valor en sí mismo es repugnante a un sistema de valores en los que la propia persona humana sea un fin en sí mismo.

El respeto por el orden público debe ser concebido como valor instrumental que permite la realización de otros valores. Así, puede y debe ser protegido –incluso penalmente– sólo en la medida de que sea eficiente para la protección de otros valores reconocidos jurídicamente y en la medida de que su afectación suponga asimismo un riesgo para estos últimos.

Por último, el constituyente, tomando la fórmula de la Revolución Francesa, elaboró el concepto del principio de lesividad enunciándolo como afectación a terceros. Este principio es en realidad la piedra angular del sistema y el único fundamento aceptable del castigo, como luego se verá, no porque la punición proteja efectivamente a las personas, sino porque indica que es inaceptable la punición sin una lesión previa a éstas.

Con los límites y orientaciones de estos principios constitucionales, debemos construir dogmáticamente el concepto de bien jurídico y el de afectación a los bienes jurídicos como prerequisites elementales para la elaboración legislativa de los tipos penales.

En las siguientes líneas analizaremos brevemente algunas tensiones que existen en el pensamiento dogmático moderno sobre el problema de los bienes jurídicos con la intención de establecer, dogmáticamente, cuál es el postulado teórico que mejor se corresponde con nuestro sistema constitucional.

El tratamiento teórico del problema de los bienes jurídicos supone necesariamente el estudio de la relación entre preceptos normativos y entidades del mundo real. Esto resulta por lo menos obvio, dado que incluso en las propuestas idealistas más radicalizadas, las penas se dirigen a personas de carne y hueso, y porque aún los valores más abstractos para ser protegidos (como pueden ser el orden público o incluso la vigencia de la norma) encuentran un correlato en la realidad que está encarnado por instituciones que funcionan –mal o bien– y que intervienen en el mundo generando resultados materiales. Esta descripción obvia, sin embargo, no ha sido jamás suficiente para la constitución de acuerdos teóricos sólidos.

La denominada Escuela de Kiel, sin pretender una construcción sistemática de una teoría del delito, fue la expresión más radicalizada del desprecio por el concepto de bien jurídico como exigencia mínima para la intervención punitiva del Estado. De hecho, en términos de Schaffenstein, el delito debe ser en-

tendido como un quebrantamiento de un deber<sup>1</sup> y ese deber no sería deducido –según el pensamiento jurídico *völkisch*– únicamente de la norma sino de una serie de abstracciones de difícil determinación. M. E. Mayer, desde el neokantismo, mantenía la vigencia de la defensa del orden como valor y conservaba en cierta manera algunas ficciones fundadas en abstracciones, al concebir al delito como contradicción de la *Kulturnormen*, entendida como normas de la cultura reconocidas por el Estado. Con estas líneas de pensamiento, queda claro que el objeto de la protección se traslada automáticamente de la persona al Estado, con la consecuencia evidente de naturalizar las normas sin valorar su contenido y defender su obediencia sin relevar su aptitud para proteger –o vulnerar– a los seres humanos.

Aunque hoy la *kielerschule* sea mayoritariamente repudiada por su filiación nazi, la defensa del orden como fin en sí mismo no es un discurso del pasado. Desde el funcionalismo penal es sus diferentes vertientes, se ha observado con agudeza y razón que la aplicación de penas no tiene un real poder tutelar sobre los bienes jurídicos y las personas, “el mal específicamente jurídico-penal de un homicidio –afirma Heiko Lesch– no es el cadáver de la víctima –ese daño es además irreparable–, sino el ataque del autor a la vigencia de la norma que prohíbe matar.”<sup>2</sup> La percepción de la ineficacia de las penas para tutelar los bienes jurídicos en tanto objetos (vida, propiedad, integridad física, etcétera) responde a un dato de la realidad y es verdaderamente inapelable. Pero con el propósito aparente de salvar la consistencia del sistema, los funcionalistas se han visto forzados a identificar otro objeto de tutela para las normas penales. Así, Günther Jakobs sostiene: “El derecho penal no cura las heridas infligidas por el autor, ni siquiera atribuye retribución del daño, sino que hace que al mal del hecho le siga un nuevo mal: la pena como un mal para el autor. Esta secuencia de dos males, irracional en su curso externo (Hegel), solamente puede ser comprendida como proceso comunicativo. Ya el mismo hecho no es tomado en su exterioridad sino [como] afirmación del autor de que él tiene derecho a configurar el mundo tal como sucede mediante el hecho, y la pena es la contradicción de esta afirmación, la pena es la contraafirmación (sic) de que el autor no es decisivo, de que su afirmación es falsa [...] El derecho penal tiene [entonces] la misión de asegurar suficientemente la vigencia estable de las normas centrales, imprescindibles para la existencia de una sociedad.”<sup>3</sup> En palabras de Lesch, el propósito de la pena es “atender y canalizar el desarrollo de las defraudaciones de

expectativas para conseguir, ante todo, la posibilidad de un esperar normativo que supere las frustraciones contrafacticamente. No sólo para la persona afectada (defraudada) en el caso concreto, sino para cualquiera, en definitiva, para la sociedad en su conjunto debe ser demostrado que el fallo se encontraba en el comportamiento del autor...”<sup>4</sup> Esta resignificación del concepto de bien jurídico –que se aparta del pensamiento ilustrado– responde fundamentalmente, a que se trata de un concepto lógicamente necesario como antecedente del consecuente que sería la sanción penal. De modo tal que, siendo imprescindible por su función lógica, no queda más remedio que rellenarlo con un contenido diferente, más maleable, menos preciso. Por otra parte, en el desarrollo de la construcción dogmática funcionalista se advirtió –al mismo tiempo de la ineficiencia de la pena como herramienta tutelar– que la construcción welzeliana del concepto de acción contenía referencias a la significación social de la acción en términos comunicativos al mismo tiempo que receptaba al resultado como integrador de la propia acción final, hecho que –según se observó– correspondía más a una idea individual de la acción que a una noción social y que –por esta razón– se trataba de una teorización con una suerte de herencia naturalista (causal). Purificando el concepto de acción y despojándolo de la idea de resultado, el funcionalismo evitaba el estorbo del bien jurídico lesionado al menos como límite elemental. Así, produjo una idea de acción con significación social en la que el resultado en términos de relación mecánica causa-efecto pierde importancia y lo que se releva es el aspecto comunicativo de la relación entre pena y delito.

Desde luego, tanto Jakobs como Lesch aceptan que la lesión al bien es una condición para la imposición de una pena, pero –según ellos– nunca puede funcionar como fundamento del castigo. Con este ingenioso movimiento deducen de la acción dos resultados diferenciados, la afectación a un bien y la lesión a la norma (ya sea como lesión a las expectativas, a la confianza o la vigencia del sistema normativo) y puesto que el fundamento de la pena es este último, pronto la norma deviene en un bien que debe ser protegido, permitiendo la conclusión tautológica de que la pena se funda en su aptitud para garantizar la vigencia de una norma que lo que justamente prescribe es una pena.

El resultado inevitable de esto es que la exigencia de la lesión a un bien (en términos naturales) se pierda, permitiendo que la lesión a la norma (relevada normativamente) sea –además de fundamento– condición suficiente para la conminación penal. Se construye, aunque no manifestamente,<sup>5</sup> un concepto nuevo de bien y de tutela que puede traducirse en la noción de

1. Schaffenstein, *Des Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935.

2. Heiko Lesch, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1995.

3. Jakobs, “La imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994.

4. Lesch, ob. cit.

5. Günther Jakobs no recurre jamás a la fórmula de bien jurídico tutelado, pero nos parece que es la que mejor denota la idea de que la pena protege, asegura o garantiza “algo”. Aunque ese “algo” sea la vigencia de la propia norma.

bien jurídico tutelado. Esta idea es realmente curiosa, pues es producto de la observación de que las penas no protegen bienes en tanto objetos y, sin embargo, no encuentra problemas en sostener algo de constatación imposible, como que la pena reafirma contráfácticamente la confianza en la norma. Desde luego esta conclusión incontrastable no tiene pretensiones de describir un hecho social en sentido material, pero la renuncia manifiesta al anclaje en la realidad, lejos de ser una virtud es un grave defecto con nefastas consecuencias. Corresponde denunciar la ficción de que la pena protege los bienes, pero también corresponde denunciar y apartarse de propuestas que crean ficciones autorreferenciales, pues al igual que las remisiones falsas a la realidad, son inútiles, falsas y peligrosas para el ejercicio de políticas criminales.

Esto exige recuperar la noción de bien jurídico que se desprende del texto constitucional; de lo contrario “la ofensividad pasa a un segundo plano, opacada por la pretendida tutela, y como la tutela no se verifica (sino que se afirma deductivamente), se acaba debilitando la idea misma de bien jurídico, para caer en la minimización del concepto y terminar afirmando que la función del derecho penal se reduce a garantizar la validez de las expectativas normativas. Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del Estado”.<sup>1</sup> Esta noción de bien jurídico fundada en el pensamiento de Feuerbach<sup>2</sup> remite el concepto a la materialidad, y en la actualidad se puede enunciar como la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto<sup>3</sup>. Este concepto no es el que cabe defender por su aptitud para la consistencia lógica (que también la tiene), sino por su coherencia política con los principios políticos de nuestra Constitución y del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Su aptitud para contener el ejercicio irracional de castigo no se verifica únicamente en su funcionalidad política en la lucha contra los regímenes absolutistas en el siglo XIX, sino también en el hecho de que su desprecio y ausencia fueron –entre otras– condiciones jurídico-políticas necesarias para la legitimación de los totalitarismos del siglo XX.

El concepto de bien jurídico entendido como remisión a la realidad y la exigencia de su lesión (conflicto) como precondition del castigo, no tiene una relación exclusiva con la tutela penal; los bienes jurídicos se encuentran tutelados por todo el derecho y el hecho de su tutela no se prueba por la prescripción de sanciones. Por el contrario, la función penal atinente al concepto de bien jurídico es –como demuestra su génesis– que la pena no se extienda a espacios intolerables sin fundamentar ni legitimar la imposición de castigo; su

función histórica y constitucional siempre fue limitar el ejercicio del poder punitivo y aunque su alcance sea moderado, ha sido eficiente a ese propósito, por lo que prescindir de él implica ceder espacios a expresiones autoritarias en la concepción del derecho.

Sobre este marco general que intenta dotar de sentido (y contenido) al principio de lesividad y al concepto de bien jurídico afectado, debemos trabajar para hacer una evaluación de la admisibilidad constitucional de los tipos penales, comenzando por la pregunta sobre ¿qué es lo que la conducta típica se presume que lesiona? En el análisis del bien jurídico honor, pronto advertimos que se trata de un concepto vago, difuso y de difícil determinación. El honor puede ser entendido como la autoestima de la persona, con lo que quedaría definido subjetivamente en sentido puro, variando éste de sujeto en sujeto, pues nuestras percepciones de nosotros mismos nunca pueden ser idénticas; además, claro está, de que tampoco somos idénticos en sustancia. Pero el honor, también puede ser entendido como una matriz objetivo-subjetiva, que relevaría las aptitudes particulares de los sujetos, pero esta vez, objetivadas. Así, bien podríamos decir que los títulos y reconocimientos de una persona son constitutivos de un estatus especial que debería ser protegido de manera diferenciada.

En el caso de la construcción subjetiva pura del concepto, nos enfrentamos al problema de la imposibilidad radical de que las personas a las que está dirigida la norma puedan motivarse en ella, pues es imposible conocer a priori el sistema de valores de un sujeto, o adivinar cuáles son sus sensibilidades especiales y graduar su amor propio. Esta imposibilidad radical importa la ausencia absoluta del elemento cognitivo del dolo, volviendo irracional la construcción del tipo (al menos esto se advierte de modo manifiesto en el delito de injurias). Diferente es la situación de la construcción objetiva-subjetiva. En esta construcción conceptual reconocemos un serio problema de igualdad en la medida en que aquellos cuya reputación se presume superior gozan de una pretendida mayor protección penal. Según este esquema, además, las pautas “objetivas” por las que se mide el honor de una persona no son para nada claras; de hecho la medida objetivada responde a criterios de validación que pueden ser objetivos en el sentido de que un tercer observador imparcial podría constatar que un sujeto determinado es médico, o que otro ha sido reconocido con un Premio Nobel; sin embargo, la valoración especial de estas circunstancias no tiene nada de objetivo. El premio Nobel puede ser intelectualmente deshonesto y el médico un jugador compulsivo, sin que nada de esto (ni sus títulos ni sus “vicios”), diga mucho de su personalidad y de su aptitud para ser ofendido. Por otra parte, en diferentes ámbitos, los criterios para la validación del estatus de una persona pueden variar pues las sociedades –afortunadamente– son más bien heterogéneas y en ellas conviven diferentes sistemas de valores, con la previsible consecuencia de que los

1. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, parte general, Ediar 2003, pág. 128.

2. En rigor de verdad la expresión “bien jurídico” pertenece Birnbaum, pero los elementos que dan contenido al concepto ya se encontraban en el pensamiento liberal de Feuerbach.

3. Así, Sina y Zaffaroni.

que resulta lesivo al honor en determinados círculos, pueda ser completamente inocuo en otros.

De igual forma, se han sostenido intentos de concebir una idea mixta de honor que releva la matriz objetivo-subjetiva y la subjetiva como autovaloración. Así, Mezger explicó que “el bien jurídico honor abarca tanto la apreciación valorativa objetiva de la persona realizada por otros, como el propio sentimiento de honor; uno y otro son, al mismo tiempo, objeto del ataque y de la protección del agravio. [...] Si se exigiera siempre como presupuesto del castigo, una lesión del honor, su protección con arreglo a derecho sería aún más insuficiente de lo que es”.<sup>1</sup> Con este esquema, el autor alemán no hace más que reconocer que admite los supuestos de delitos sin lesión y que en su construcción genera un postulado que, lejos de salvar a los conceptos subjetivos y objetivo-subjetivos de sus respectivos problemas, cae presa de todas las críticas que se le puedan hacer a cada uno de esos modelos.

Una variación explicativa y justificante de estos modelos que se destaca por su aparente consistencia y originalidad merece ser mencionada aparte. Günther Jakobs<sup>2</sup> entiende que las lesiones al honor suponen afectación a las personas por un camino muy particular, según él; dado que en las relaciones sociales existen diversos mecanismos de poder y sancionatorios, que exceden al poder penal, las afirmaciones falsas sobre una persona permitirían sanciones informales injustas, costos, en este sentido, que son evitados por una norma que asegura que la expresiones volcadas en la comunicación social sean verídicas, garantizando así la expectativa de que lo que se escuche sea cierto. Esta comprensión del problema guarda coherencia con todo el pensamiento funcionalista sistémico que reserva un espacio particularmente destacado a los efectos comunicacionales de las acciones humanas y de las respuestas del Estado. Sin embargo, cabe señalar que en nuestro sistema, y probablemente en muchos otros, la codificación no defiende a través del tipo de injuria, el valor de verdad de las afirmaciones volcadas, pues los supuestos en los que el autor puede demostrar que lo que ha dicho es cierto y con eso eximirse de pena son realmente excepcionales. La respuesta de Jakobs de que de esta manera el sistema protege la expectativa de que la información que circula sea verdadera y que, al mismo tiempo, se protege a la persona en su integridad moral, resulta insuficiente a los fines de aceptar su teoría. Aquí ocurre algo parecido a lo que sucede con las pretensiones eclécticas de Mezger y de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre<sup>3</sup>, tal como fue señalado antes. En este caso, Jakobs, al intentar

salvar la consistencia de su postulado haciéndolo más “ecléctico”, cae en el problema de que debe responder a todas las críticas, tanto las que indagan sobre el concepto de honor personal como las que alertan sobre los problemas de tratar al honor como cuestión de orden público.

Existe, por último, otra alternativa constructiva del concepto de honor que es aún más deficiente que las anteriores. Según este modelo, es posible concebir una idea de estándar medio de honor que nos permitiría determinar cuándo una expresión –por su contenido objetivo– resulta lesiva a la autovaloración o a la protección de la personalidad de un sujeto y cuándo no. El problema de esta concepción es que los estándares medios no existen; se verificarán –por casualidad– en algunas personas pero nunca en todas, y siempre suponen la defensa estatal de un unívoco sistema de valores que supone la intolerable imposición de una moral estatal. Podríamos advertir que existen expresiones –sean verdaderas o no– que pueden resultar ofensivas para determinadas personas en determinados círculos; así, la afirmación de que una persona es homosexual o promiscua, puede resultar lesiva en la proyección de su personalidad, pero esto ocurre porque, de acuerdo con algunos particulares sistemas de valores involucrados, la estructura de familia tradicional, la monogamia y la pareja heterosexual son valores centrales que supuestamente deben ser custodiados por el Estado. La tutela penal de un modelo moral específico ya hemos visto que debe ser repudiada por su vocación perfeccionista absolutamente incompatible con un Estado democrático y plural; corresponde entonces rechazar tanto esa tutela como configuración en sentido negativo (sanción de conductas “desviadas”) como en su faz de configuración en sentido positivo (especial valoración de determinados modelos de conducta con la consecuente sanción a las imputaciones de comportamientos diferentes). La idea de “honor” medio u objetivo supone necesariamente una valoración especial de determinados modelos de conducta, siendo éstos protegidos especial y favorablemente por sobre otros. Para un Estado democrático no puede haber “honor” en una determinada concepción de familia, en un determinado comportamiento sexual, o en un determinado hábito social; las conductas no lesivas son moralmente neutras para el Estado y esto impide de manera absoluta la construcción de un único concepto de honor.

Es interesante aquí relevar la genealogía del bien jurídico honor y de los tipos penales que se deducen de su lesión, pues su estudio sirve para –además de entender el alcance de su contenido– ubicar ideológicamente su funcionalidad política. En el Código de Tejedor, se introducía el tipo de injurias separándose de su fuente, el Código bávaro de 1813 elaborado por Feuerbach, que sólo identificaba calumnias. Esto tenía cierto sentido, pues el tipo de injuria complementaba al de calumnia (al abarcar la imputación de delitos de acción privada) y permitía a las personas un supuesto mecanismo de protección del honor subjetivo (auto-

1. Edmund Mezger, *Derecho penal*, Buenos Aires 1958, pág. 143.

2. Günther Jakobs, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”, en *Estudios de derecho penal*, 1997.

3. El autor español expuso su concepto mixto en “Revisión del bien jurídico honor”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*.

valoración) y objetivo (reputación) cuando el mismo Código prohibía los duelos de honor, mecanismo tradicional de preservación de las ofensas. Tejedor, por su parte, también incorporaba en su codificación otras remisiones valorativas que complementaban y sirven para la interpretación del histórico concepto de honor. Tales son los casos de la atenuación de la pena a la mujer infanticida cuyo fin fuese “ocultar la deshonor” (artículo 214, Código de la Provincia de Buenos Aires), dejando en claro que el embarazo de una mujer soltera era una situación deshonorosa; la reducción de la escala penal para la mujer que siendo de buena fama, abortase para ocultar su fragilidad o la diferencia de pena prevista para la violación según si la víctima fuese “mujer honesta” o “mujer prostituta”. Estos elementos valorativos estrechamente ligados a una concepción elitista, patriarcal y misógina del honor, revelan en qué medida el sentido de las voces del código debe ser reformulado, depurado y esclarecido.

No cabe argüir que se trata de concepciones vetustas y que el término honor ahora ha sido enriquecido con valores igualitarios propios de una sociedad democrática. La remisión valorativa existe y esto queda tan claro que aun en la labor doctrinaria se advierte cómo las ejemplificaciones sobre los supuestos de lesión al honor en varones y mujeres tienden a tener una vocación sorprendentemente sexista. Esta aptitud del bien jurídico honor para receptar las peores [des]calificaciones debe ser plenamente dimensionada en su tratamiento teórico y político, situación que el Poder Legislativo no puede dejar de lado.

Además, la exclusión de la protección penal del “honor” no implica indefensión, no sólo porque creemos necesario preservar mecanismos de reparación civil, sino porque la materia que se intenta proteger también puede ser defendida por medio de la protección de la privacidad. Así, los daños en la imagen o autoestima de una persona, producidos por la imputación de ciertos hábitos como pueden ser determinadas preferencias sexuales, costumbres heterodoxas o hábitos incomprendidos, pueden ser reparados teniendo como fundamento jurídico la prohibición de las invasiones a la privacidad. De este modo, se consigue evitar la asignación de carga axiológica a conductas que para la moral pública deben ser neutras y prescindir de remisiones al valor de veritativo de las afirmaciones/imputaciones en cuestión. Tratada de este modo, la aseveración de que una persona ejerce la prostitución en su tiempo libre, exige reparación por tratarse de un asunto privado, siendo innecesario que el Estado califique valorativamente al ejercicio de la prostitución e irrelevante que la acusación se funde –o no– en la realidad.

Aun dejando de lado los serios problemas constitucionales que el bien jurídico honor y su supuesta protección penal generan, es imprescindible relevar en la función legislativa de elaboración de un programa criminal, el hecho palmario de que las denuncias por calumnias e injurias son pocas y que las conde-

nas son casi inexistentes. Ello implica que, o bien el mecanismo protector es tan eficaz que las personas no se insultan ni difaman ni se imputan falsamente la comisión de delitos, o bien estos sucesos no tienen, en la generalidad de los casos, la entidad suficiente para promover procesos penales, lo que consideramos una interpretación más acertada del fenómeno. Sobre esto, además, los pocos procesos penales iniciados, rara vez terminan en condenas, lo que hace pensar que desde “el derecho vivo”, la construcción de los tipos penales del título II del Código Penal vigente, no resulta demasiado precisa ni eficaz. Paradójicamente, quienes más acuden a estas figuras son quienes desarrollan funciones públicas; es decir, aquellas personas que deberían tolerar un escrutinio público mayor de sus acciones. Y por otro lado, quienes mayormente son imputados, son quienes ejercen el periodismo; es decir, que entra en juego la libertad de expresión a que nos referimos anteriormente, como pilar de la democracia deliberativa.

Es una exigencia de la racionalidad republicana y del derecho penal liberal que la imposición de penas sea una última ratio del sistema, dado que se exige cierta proporcionalidad entre los daños producidos y las penas aplicadas, y, en la medida en que la privación de la libertad –aunque sea por poco tiempo– es una severísima afectación a los derechos de las personas, el daño debe ser de entidad suficiente como para justificar tamaña reacción estatal.

Pero, además, corresponde prescindir de la sanción penal –no sólo práctica, sino también programáticamente– cuando es groseramente inidónea para el fin perseguido. Esta falta de idoneidad no es un hecho de los últimos decenios; en los primeros años de vigencia del Código Penal, hay registro de la celebración de cientos de duelos de honor, que pese a estar prohibidos eran considerados medios bastante más eficaces para la protección y reparación de los daños a la reputación. A tal punto sucedía esto que en los debates legislativos en ocasión de la sanción del Código de 1887, la discusión acerca de la despenalización de los duelos de honor ocupó un espacio importante y aunque finalmente no hubo despenalización, la práctica del duelo como mecanismo alternativo de resolución de conflictos se prolongó en el tiempo. Lo que hizo que la práctica del duelo cayera en pleno desuso no fue la protección penal del honor, sino la revalorización de los bienes jurídicos vida e integridad física, por sobre el difuso bien honor.<sup>1</sup>

En cierta medida todas estas cuestiones han sido relevadas por la Corte Interamericana, cuando entiende que “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. [...] La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y

1. Sobre este punto ver, Sandra Gayol, *Honor y suelo en la Argentina moderna*, Buenos Aires, 2008.

abre campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales. [...] Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9º de la Convención Americana”.<sup>1</sup> Repudiando, así, de modo manifiesto la vaguedad y las remisiones valorativas en la constricción legislativa de los tipos penales.

Asimismo, se desprende del párrafo citado, el lugar de la cláusula de última ratio, reafirmada en el caso Kimel cuando la Corte Interamericana indicó que “el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.<sup>2</sup>

Aunque, en principio, las objeciones que se han formulado hasta aquí tienen plena vigencia para el tipo contenido en el actual artículo 110 del Código Penal, puede no parecer lo mismo para el del artículo 109 (calumnias). El tipo de calumnias, es cierto, describe con precisión la conducta prohibida delimitando acertadamente el espacio abarcado por la norma. Sin embargo, en la medida de que su pretensión tutelar descansa en el bien jurídico honor, corresponde al trabajo legislativo cundir la alarma en lugar de deducir de la redacción del tipo, otro bien jurídico (esta vez más claro y tolerable) que en el Código no aparece. Sobre los/as legisladores/as no pesa, a diferencia de los jueces, el deber de salvar la constitucionalidad de las normas incluso haciendo retorcidas interpretaciones. Los/as legisladores/as debemos intervenir allí donde detectan una norma inconstitucional, injusta, o simplemente inconveniente. El tipo de calumnias es intolerable por su remisión al honor, pero también lo es por la falta de proporción que supone la reacción penal, por su fracaso político-criminal y porque, aunque la descripción sea clara, la ausencia de conexión seria entre la conducta y una lesión grave a un bien jurídico (suficientemente serio) amerita una señal de alerta.

También, podrá decirse que el concepto honor está enunciado por la propia Convención Americana en su artículo 11, pero entendemos que se trata de un concepto que denota una universalidad constituida por todos los derechos fundamentales; es decir, honra como

dignidad humana. Una acepción de honor como bien jurídico que se ve lesionado con la lesión a cualquiera de los otros derechos fundamentales. Por lo que la derogación del título II del Código Penal no supondría contradicción alguna con el texto de la Convención, máxime habida cuenta de las llamadas de atención de la Corte Interamericana sobre la aptitud de las sanciones penales para proteger los derechos inculcados.

Por las razones expuestas, proponemos la aprobación del siguiente

### **Dictamen de minoría<sup>3</sup>**

#### **TÍTULO I**

### **Modificaciones al Código Penal**

Artículo 1º – Modifícase el artículo 73 del Código Penal de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 73: Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1. Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157.
2. Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159.
3. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Art. 2º – Deróganse el título II del libro segundo del Código Penal de la Nación, artículos del 109 al 117 bis.

#### **TÍTULO II**

### **Modificaciones al Código Civil**

Art. 3º – Modifícase el artículo 1.069 del Código Civil de la Nación, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.069: El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras “pérdidas e intereses”.

Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

Si las indemnizaciones fuesen originadas por el daño causado por un medio de comunicación social a partir de la falsa acusación de la comisión de un delito o de una aseveración de hecho falsa, los jueces deberán ponderar como circunstancia atenuante el otorgamiento voluntario de la réplica en los términos de la ley.

1. Caso “Castillo Petruzzi y otros” citado por la Corte Interamericana en el precedente “Kimel” párr. 63.

2. Corte Interamericana, caso “Kimel”, párr. 76.

3. También, recoge oportunamente la iniciativa del diputado Prieto, como se señaló anteriormente.

Art. 4º – Derógase el artículo 1.089 del Código Civil de la Nación.

Art. 5º – Derógase el artículo 1.090 del Código Civil de la Nación.

Art. 6º – Modifícase el artículo 1.071 bis del Código Civil de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.071 bis: El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, o imágenes de cualquier tipo, difundiendo cualquier clase de correspondencia o comunicación, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, así como exigir la retractación pública o rectificación pública que correspondiese, si estas medidas fuesen procedentes para una adecuada reparación.

Art. 7º – Incorpórase como artículo 1.071 ter al Código Civil de la Nación, el siguiente texto:

Artículo 1.071 ter: No se serán responsables aquellos que difundieren información sobre: funcionarios públicos, siempre que ésta se encuentre asociada a su función; figuras públicas, cuando ésta se encuentre asociada a su rol; o, de particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos de relevancia institucional.

No habrá exención de responsabilidad cuando la difusión de la información se hiciera con conocimiento de su falsedad o inexactitud; o, se obrare con notoria despreocupación por su veracidad.

La exteriorización de juicios de valor sobre funcionarios y figuras públicas, no generará responsabilidades ulteriores.

### TITULO III

#### Derecho de rectificación

Art. 8º – *Rectificación.* Toda persona física o jurídica, de derecho público o privado, falsamente acusada de cometer un delito o equívocamente implicada en algún hecho, tiene derecho a rectificar, de modo gratuito y en el mismo medio, la información difundida en cualquier medio de comunicación social.

Art. 9º – *Ambitos excluidos.* Quedan excluidas del derecho de réplica las informaciones:

1. Referidas a funcionarios públicos respecto de asuntos relativos al ejercicio de su función, excepto que se trate de la imputación de un delito.

2. Que enuncien discursos pronunciados por los legisladores nacionales, provinciales y municipales.
3. Que se enuncien en forma de crítica literaria, artística, científica, técnica, deportiva o religiosa.

Art. 10. – *Legitimación activa.* Podrá ejercer el derecho de réplica la persona aludida en la noticia. Una vez iniciada la acción, en caso de muerte del accionante, podrán continuarla los herederos forzosos y su pareja de concubinato.

En el caso de las personas jurídicas, tendrán legitimación activa sus representantes legales.

Art. 11. – *Solicitud de rectificación.* Dentro de los diez (10) días hábiles de enunciada la noticia, quien haya sido falsamente imputado de algún delito o equívocamente implicado en algún hecho podrá solicitar por escrito, al medio en el cual ésta se enunció, que la información sea rectificada. El medio tendrá dos (2) días hábiles para aceptar o rechazar el pedido.

Art. 12. – *Aceptación de la solicitud.* En caso de que el medio de comunicación haga lugar a la solicitud de rectificación, ésta deberá notificarse por medio fehaciente y deberá difundirse dentro de los tres (3) días hábiles en el mismo espacio, con igual extensión que la noticia original, y sin costos para el afectado.

En caso de que la información que se rectifique se hubiera divulgado en una publicación o programa que tuviere una mayor periodicidad a la enunciada en este artículo, el afectado podrá:

1. Esperar el nuevo número de la publicación o la nueva emisión del programa.
2. Publicarlo en un medio similar al cual fue difundido, siempre que no genere un excesivo gasto económico para el medio.

Art. 13. – *Rechazo o silencio.* Ante el rechazo o el silencio del medio de comunicación, quedará abierta la instancia judicial.

En caso de rechazo, que deberá hacerse por escrito y debe ser notificado por medio fehaciente, si el ofendido lo requiere, el medio deberá aportar una copia del soporte en el cual éste divulgó la información, siempre y cuando se trate de un medio de comunicación que tenga la obligación de guardar tales soportes. Los gastos del soporte serán a cargo de quien solicitó la rectificación. En el escrito del rechazo, el medio de comunicación deberá aclarar que está a disposición del afectado el soporte referido.

Se entenderá que hay silencio en caso de que el medio no respondiere dentro de los dos (2) días hábiles.

En la instancia judicial, en el primer escrito del medio de comunicación se deberá acreditar que notificó el rechazo. En caso de que no pudiese realizar tal acreditación o si en el escrito de rechazo no indicare que el afectado tiene la posibilidad de obtener el soporte

donde divulgó la información, cualquiera sea el resultado del juicio, el medio será condenado en costas.

El plazo para iniciar la acción judicial será de treinta (30) días hábiles.

Art. 14. – *Vía judicial.* El proceso judicial tramitará por el más expedito que contemplen los códigos procesales locales. En caso de que el juez otorgue la réplica, estará facultado para establecer una multa al medio que la hubiere denegado.

Si se tratare de un medio radiofónico o audiovisual, el monto de la multa será de entre el doble y el cuádruple del valor que el medio cobra por segundo para sus publicidades, multiplicado por la cantidad de segundos que haya durado la noticia que motivó la rectificación.

Si se tratare de un medio escrito, el monto de la multa será de entre el doble y el cuádruple del valor que el medio cobre por un espacio publicitario del mismo tamaño que la noticia que motivó la rectificación.

El monto de las multas será destinado a las escuelas y hospitales que el juez estime convenientes.

Art. 15. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

9

#### INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA DIPUTADA RODRIGUEZ

#### **Fundamentos del rechazo de la señora diputada al dictamen de mayoría de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo por el que se declara la validez del decreto 1.472 de fecha 15 de septiembre de 2008**

Por los fundamentos que expondremos a continuación, y conforme lo expresáramos en el dictamen de minoría correspondiente, cuyos argumentos reproducimos, consideramos que debe declararse la invalidez por inconstitucional y la nulidad absoluta e insanable del decreto 1.472 del 15 de septiembre de 2008.

En efecto, en tal orden del día sostuvimos que:

##### *I. Introducción*

En el diseño institucional plasmado en nuestra Constitución Nacional, que establece el principio de división de poderes, el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo bajo pena de nulidad. Esta facultad recae, exclusivamente, en el Congreso de la Nación.

Como veremos, únicamente cuando éste no pueda cumplir su función, o cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible el abordaje de situaciones de extrema gravedad a través de su actuación, el Poder Ejecutivo podría excepcionalmente, y sujeto a convalidación por el Congreso, emitir decretos de carácter legislativo.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, la Constitución Nacional vedaba esta po-

sibilidad. El texto de nuestra Carta Magna expresaba que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

A pesar de esta expresa prohibición constitucional, el constante dictado de los decretos de necesidad y urgencia se convirtió en una práctica habitual en clara afrenta al principio de división de poderes. Carlos Nino<sup>1</sup> sostuvo que “el sistema de gobierno argentino es un presidencialismo absolutamente hipertrofiado”. Esta peculiar configuración de nuestro diseño institucional surge tanto de disposiciones normativas como de desarrollos sociopolíticos. Así, luego de restaurada la democracia en 1983, tanto Alfonsín como Menem dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia del segundo, ello se convirtió en una rutina constitucional. Antes se los había utilizado sólo para resolver profundas crisis<sup>2</sup> económicas y sociales.

Durante la presidencia de Menem, y antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, copada por una mayoría adicta al gobierno, convalidó el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Así, en el recordado caso “Peralta”<sup>3</sup>, la Corte estableció como requisitos para la validez de estos decretos:

- a) La existencia de una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado.
- b) La razonabilidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas a través del decreto.
- c) La inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados.
- d) La convalidación del Congreso.

Como se puede observar, el fallo “Peralta” asienta y confirma dos importantes cuestiones vinculadas entre sí: por un lado establece la validez de la práctica del dictado de los decretos de necesidad y urgencia; y por el otro, dispone que éste –su dictado– sólo tiene carácter excepcional y restringido a situaciones que importan una verdadera imposibilidad de resolver las emergencias a través del proceso legislativo ordinario.

Finalmente, la reforma constitucional incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando claras limitaciones para acotar su uso.

Así, el artículo 99, inciso 3, comienza afirmando que “el Poder Ejecutivo de la Nación no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insa-

1. Nino, C.; *Fundamentos de derecho constitucional*; Astrea, Bs.As., 2ª reimpresión, 2002, p. 523.

2. Ver el caso, por ejemplo, del lanzamiento del Plan Austral durante la presidencia de Alfonsín.

3. CSJN; 27/12/1990; “Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional (Ministerio de Economía –Banco Central–)”; *La Ley*, 1991-C, 158.