



REPÚBLICA ARGENTINA

# DIARIO DE SESIONES

## CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN

**17<sup>a</sup> REUNIÓN – 13<sup>a</sup> SESIÓN ORDINARIA**

**18 DE NOVIEMBRE DE 2009**

Presidencia del señor presidente provisional del Honorable Senado, senador **JOSÉ J. B. PAMPURO**,  
y del señor vicepresidente 1° del Honorable Senado, senador **JUAN C. MARINO**

Secretarios:

Señor **JUAN H. ESTRADA** y señor **JORGE LUIS A. TIEPPO**

Prosecretarios:

Señor **JUAN J. CANALS**, señor **MARIO DANIELE** y señor **GUSTAVO C. VÉLEZ**



## PRESENTES:

BANICEVICH, Jorge Esteban  
 BASUALDO, Roberto Gustavo  
 BIANCALANI, Fabio Darío  
 BORTOLOZZI de BOGADO, Adriana Raquel  
 CABANCHIK, Samuel Manuel  
 CALCAGNO Y MAILLMANN, Eric  
 COLAZO, Mario Jorge  
 CORRADI DE BELTRÁN, Ana María  
 CORREGIDO, Elena Mercedes  
 DÍAZ, María Rosa  
 ESCUDERO, Sonia Margarita  
 ESTENSSORO, María Eugenia  
 FELLNER, Liliana Beatriz  
 FERNÁNDEZ, Nicolás Alejandro  
 FILMUS, Daniel Fernando  
 FUENTES, Marcelo Jorge  
 GALLEGO, Silvia Ester  
 GIOJA, César Ambrosio  
 GIRI, Haide Delia  
 GIUSTI, Silvia Ester  
 GIUSTINIANI, Rubén Héctor  
 GUASTAVINO, Pedro Guillermo Ángel  
 GUINLE, Marcelo Alejandro Horacio  
 ITURREZ DE CAPPELLINI, Ada del Valle  
 JENEFES, Guillermo Raúl  
 LATORRE, Roxana Itatí  
 LORES, Horacio  
 MARÍN, Rubén Hugo  
 MARINO, Juan Carlos  
 MARTÍNEZ, Alfredo Anselmo  
 MARTÍNEZ, José Carlos  
 MAYANS, José Miguel Ángel  
 MAZA, Ada Mercedes  
 MIRANDA, Julio Antonio  
 MORALES, Gerardo Rubén  
 NEGRE DE ALONSO, Liliana Teresita  
 NIKISCH, Roy Abelardo  
 OSUNA, Blanca Inés  
 PAMPURO, José Juan Bautista

PARRILLI, Nanci María Agustina  
 PERCEVAL, María Cristina  
 PÉREZ ALSINA, Juan Agustín  
 PÉRSICO, Daniel Raúl  
 PETCOFF NAIDENOFF, Luis Carlos  
 PICHETTO, Miguel Ángel  
 QUINTELA, Teresita Nicolasa  
 REUTEMANN, Carlos Alberto  
 RIOFRÍO, Marina Raquel  
 RÍOS, Roberto Fabián  
 RODRÍGUEZ SAÁ, Adolfo  
 ROMERO, Juan Carlos  
 ROSSI, Carlos Alberto  
 SALAZAR, Carlos Eduardo  
 SÁNCHEZ, María Dora  
 SANZ, Ernesto Ricardo  
 TORRES, Eduardo Enrique  
 TROADELLO, Mónica  
 URQUÍA, Roberto Daniel  
 VERA, Arturo  
 VERANI, Pablo  
 VIUDES, Isabel Josefa

## AUSENTES, CON AVISO:

BONGIORNO, María José  
 CASTILLO, Oscar Aníbal  
 COLOMBO DE ACEVEDO, María T. del Valle  
 GONZÁLEZ DE DUHALDE, Hilda Beatriz  
 MASSONI, Norberto  
 MENEM, Carlos Saúl  
 PINCHETTI de SIERRA MORALES, Delia N.  
 SAADI, Ramón Eduardo  
 VIGO, Élida María

## AUSENTE, CON LICENCIA:

VIANA, Luis Alberto

## SUMARIO

1. **Izamiento de la bandera nacional.** (Pág. 7.)
2. **Homenaje a Leónidas Lamborghini.** (Pág. 7.)
3. **Asuntos entrados. Mensajes solicitando acuerdos. Asuntos entrados.** (Pág. 8.)
4. **Plan de Labor.** (Pág. 8.)
5. **Modificación del plan de labor.** (Pág. 14.)
6. **Dictámenes de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración.** (Pág. 14.)

- O.D.-1.091/08: Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. (Pág. 14.)
- O.D.-1.092/08: Universidad Tecnológica Nacional. (Pág. 14.)
- O.D.-1.093/08: Dirección General de Aduanas. (Pág. 14.)
- O.D.-1.094/08: Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente. (Pág. 14.)
- O.D.-1.095/08: Entidad Binacional Yacyretá. (Pág. 14.)
- O.D.-1.096/08: Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo. (Pág. 14.)

- O.D.-540/09: Homenaje a Alfredo Pedro Bravo en un nuevo aniversario de su fallecimiento. (Pág. 20.)
- O.D.-541/09: Adhesión al Día Nacional de la Afirmación de los Derechos Argentinos sobre las Islas Malvinas. (Pág. 20.)
- O.D.-550/09: Declaración repudiando un atentado en Mallorca. (Pág. 20.)
- O.D.-551/09: Declaración expresando preocupación por la detención de una joven chubutense en el aeropuerto de Madrid, España. (Pág. 20.)
- O.D.-552/09: Declaración de interés al proyecto educativo solidario Radioteatro Histórico, “Otra forma de enseñar y aprender”. (Pág. 20.)
- O.D.- 555/09: XXI Exposición del Libro Católico en Buenos Aires y la XI Edición del mismo en La Plata. (Pág. 20.)
- O.D.- 557/09: Beneplácito por la V Bienal Internacional de Arte Textil. (Pág. 20.)
- O.D.- 559/09: Fiesta de San Juan en la localidad de Andacollo, Neuquén. (Pág. 20.)
- O.D.- 561/09: Solicitud de informes sobre las políticas de acción entre los Estados Miembros del Mercosur para proponer ofertas turísticas. (Pág. 20.)
22. Modificación del plan de labor. (Pág. 20.)
23. P.E.-363/09; O.D.-244 y O.D.-431: Convenios internacionales. (Pág. 21.)
24. O.D.-575/09: Inclusión de bonos en la reestructuración de deuda. (Pág. 21.)
25. O.D.-579/09: Banco Nacional de Datos Genéticos. (Pág. 33.)
- O.D.- 577/09: Modificación del Código Procesal Penal. (Pág. 33.)
- O.D.- 576/09: Regulación de participación de las asociaciones intermediarias. (Pág. 33.)
26. O.D.-578/09: Modificación Código Penal respecto del delito de calumnias e injurias. (Pág. 73.)
27. O.D.-569/09: Modificación del artículo 1º de la ley 23.775. (Pág. 76.)
28. Consideración en conjunto de órdenes del día con transferencia de inmuebles en las provincias de La Pampa y Entre Ríos. (Pág. 81.)
- O.D.-332/09: Transferencia de dominio sobre diversos inmuebles y terrenos a la Municipalidad de Quehué, La Pampa. (Pág. 81.)
- O.D.-333/09: Transferencia de un predio a la Municipalidad de Mauricio Mayer, La Pampa. (Pág. 81.)
- O.D.-413/09: Transferencia de inmuebles a la Municipalidad de General San Martín, La Pampa. (Pág. 81.)
- O.D.-414/09: Transferencia de inmuebles a la Municipalidad de Winifreda, La Pampa. (Pág. 81.)
- O.D.-331/09: Transferencia de un inmueble a la entidad Agrupación 9 de Junio de 1956 y Biblioteca Popular “Rodolfo de Diego”, de Santa Rosa, La Pampa. (Pág. 81.)
- O.D.-580/09: Transferencia de un inmueble a la provincia de Entre Ríos. (Pág. 81.)
29. C.D.-62/09: Autorización a la presidenta de la Nación para ausentarse del país durante 2010. (Pág. 82.)
30. O.D.-484/09: Instituto de Investigaciones Históricas “Eva Perón”. (Pág. 82.)
31. O.D.-383/08: Modificación de la Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación. (Pág. 82.)
32. C.D.-574: Prórroga del monto destinado al Fondo de Recuperación de la Actividad Ovina. (Pág. 84.)
33. C.D.-89/09: Modificación de la ley 26.160. (Pág. 86.)
- Constitución de la Cámara en Comisión. (Pág. 86.)
- Conferencia. (Pág. 87.)
- Votación. (Pág. 87.)
34. Consideración en conjunto de proyectos sobre tablas:
- S.-3.090/09: Suspensión de embargos bancarios y medidas sancionatorias a productores agropecuarios del Norte de Santa Fe afectados por la sequía. (Pág. 88.)
- S.-3.185/09: Firma de un convenio entre Salta y el Correo Argentino S.A. para que en la sucursal existente en San Antonio de los Cobres se habilite en pago de Subsidios, planes sociales y otros. (Pág. 88.)

propia y como situadas en territorio británico de ultramar. (Pág. 89.)

S.-3.224/09: Escuchas telefónicas ilegales practicadas a diversas personas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (Pág. 89.)

S.-3.221/09: I Encuentro de los Siglos, organizado por el Club Internacional de Paracaidistas Veteranos. (Pág. 89.)

S.-3.217/09: Beneplácito por la obtención del primer lugar en la 33ª Feria Nacional de Ciencia y Tecnología. (Pág. 89.)

S.-3.218/09: Homenaje al gran intérprete y compositor Hugo Díaz. (Pág. 89.)

S.-2.875/09: Análisis de los ingresos provenientes de la recaudación tributaria desagregando la información por sexo. (Pág. 89.)

S.-3.036/09: Repudio y pesar por el fallecimiento del ministro de Educación de una provincia pakistaní. (Pág. 89.)

S.-2.926/09: Preocupación por protestas que interrumpieron la presentación de la embajadora de los Estados Unidos en Argentina, Vilma Martínez, en la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Cuyo. (Pág. 89.)

### 35. Apéndice.

I. **Plan de Labor.** (Pág. 90.)

II. **Asuntos entrados.** (Pág. 92.)

III. **Asuntos considerados y sanciones del Honorable Senado.** (Pág. 182.)

IV. **Actas de votación.** (Pág. 461.)

V. **Inserciones.** (Pág. 492.)

**Nota:** Los asuntos cuyos textos no fueron leídos por Secretaría, las actas de votaciones electrónicas y las sanciones del Honorable Senado correspondientes a la presente sesión obran en el Apéndice.

—En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las 15 y 37 del miércoles 18 de noviembre de 2009:

**Sr. Presidente** (Pampuro). — La sesión está abierta.

## 1

### IZAMIENTO DE LA BANDERA NACIONAL

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Invito a la señora senadora por el Chubut Silvia Giusti a izar

la bandera nacional en el mástil del recinto y a los presentes a ponerse de pie.

—Puestos de pie los presentes, la señora senadora Giusti procede a izar la bandera en el mástil del recinto. (*Aplausos.*)

## 2

### HOMENAJE A LEÓNIDAS LAMBORGHINI

**Sr. Presidente** (Pampuro). — En la reunión de labor parlamentaria celebrada en el día de ayer se acordó rendir homenaje al poeta Leónidas Lamborghini, recientemente fallecido.

Por Secretaría se dará lectura.

**Sr. Secretario** (Estrada). — Es un proyecto de los senadores Pichetto y Cabanchik que dice así (*leyendo*): el Honorable Senado de la Nación declara su profundo pesar por el fallecimiento del poeta y escritor argentino Leónidas Lamborghini, acaecido en esta ciudad el 13 de noviembre del año en curso, y le rinde el homenaje que se merece a quien honró las letras de nuestro país con su poesía, sus textos de crítica y análisis literario y su labor periodística; todo lo que desarrolló a lo largo de una vida plena de experiencia política, militancia por las ideas que profesaba con profunda convicción y su permanente compromiso con lo que pensaba y escribía, lo que lo llevó, inclusive, a varios años de exilio sin que las adversidades doblegaran su incansable vocación creativa a partir de la palabra que amaba con pasión.

**Sr. Presidente** (Pampuro). — En consideración el tratamiento sobre tablas

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

—Se practica la votación.

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Aprobado.

En consideración.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

—Se practica la votación.

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Queda aprobada la declaración. Se procederá en consecuencia.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ver el Apéndice.

–El resultado de la votación surge del acta 6.<sup>1</sup>

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Queda definitivamente sancionado el proyecto de ley. Se harán las comunicaciones correspondientes.<sup>2</sup>

**Sr. Secretario** (Estrada). – Corresponde votar el Orden del Día N° 576, dictamen en el proyecto de ley venido en revisión por el que se regula la participación de las asociaciones intermedias como parte querellante en procesos por delitos de acción pública en los que investiguen crímenes de lesa humanidad o violaciones a los derechos humanos.

**Sr. Pichetto**. – Hagámoslo en una sola votación.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Si hay asentimiento, lo hacemos en una sola votación.

–Asentimiento.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Si no se hace uso de la palabra se va a votar en general y en particular en una sola votación.

–Se practica la votación por medios electrónicos.

**Sr. Secretario** (Estrada). Resultan 50 votos afirmativos y 7 votos negativos.

–El resultado de la votación surge del acta 7.<sup>3</sup>

**Sr. Secretario** (Estrada). – Senador Ríos: sírvase manifestar su voto a viva voz.

**Sr. Ríos**. Afirmativo.

**Sr. Secretario** (Estrada). – Entonces, son 51 votos afirmativos y 7 negativos.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Queda definitivamente sancionado el proyecto de ley. Se harán las comunicaciones correspondientes.<sup>4</sup>

Tiene la palabra la señora senadora Viudes.

**Sra. Viudes**. – Tenemos que votar las inserciones.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – En consideración los pedidos de inserción.

–Se practica la votación.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Resultan autorizadas.<sup>5</sup>

## 26

### O.D.-578/09: MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL RESPECTO DEL DELITO DE CALUMNIAS E INJURIAS

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Corresponde considerar el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales en los proyectos de ley venidos en revisión de la Cámara de Diputados, proyectos de la señora senadora Escudero y otros señores senadores, del señor senador Cabanchik y del señor senador Rodríguez Saá, por los que se modifica el Código Penal respecto del delito de calumnias e injurias sobre la libertad de expresión.

En consideración.

Tiene la palabra el señor senador Marín.

**Sr. Marín**. – Señor senador: antes de fundamentar mi voto quiero reconocer el trabajo de los colegas que han tenido participación, como el señor senador Cabanchik y la señora senadora Escudero. Este proyecto modifica el Código Penal particularmente en los delitos contra el honor con el objeto de precisar los delitos penales de calumnias e injurias. Esta iniciativa viene a modificar nuestro Código Penal sustituyendo el artículo 109, calumnias; el artículo 110, injuria; el artículo 111, prueba de imputación por el injuriante; el artículo 113, responsabilidad del medio que publica o reproduce la injuria; y el artículo 117, retractación. Y deroga el artículo 112, calumnias e injurias encubiertas, es decir, aquellas que no mencionan la fuente.

Las reformas sustanciales son las siguientes: limita la responsabilidad a multas con valores actuales, elimina la pena de prisión que rige en nuestro Código Penal actual, elimina las injurias llamadas encubiertas y supedita la responsabilidad a expresiones que no estén referidas a asuntos de interés público o a las que no sean asertivas, o sea, aquellas que no sean ciertas.

Creemos que de esta forma se ajusta la redacción de los tipos penales a un aspecto más acabado de las garantías constitucionales.

Por otro lado, es indudable que se pretende adecuar la norma a estándares menos represivos.

<sup>1</sup> Ver el Apéndice.

<sup>2</sup> Ver el Apéndice.

<sup>3</sup> Ver el Apéndice.

<sup>4</sup> Ver el Apéndice.

<sup>5</sup> Ver el Apéndice.



Así, para que la conducta no sea imputable, sólo se requiere no actuar con real malicia, conforme lo determina ya la jurisprudencia. Es decir, no reconocer la falsedad o, por lo menos, haber sido lo suficientemente diligente como para proporcionar información real.

En síntesis, la finalidad y el eje central de esta modificación al Código Penal radica en adecuar nuestra legislación a los parámetros internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión, satisfaciendo así nuestra seguridad jurídica, cumpliendo con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme el fallo del 2 de mayo de 2008 en el caso “Kimmel c/Argentina”. En ese caso, se decidió que el Estado argentino debía adecuar, en un plazo razonable, su derecho interno a la Convención Americana, de tal forma que las imprecisiones recogidas por el Estado se corrijan y, consecuentemente, no afecten la libertad de expresión. Estas son las modificaciones que introdujo la Cámara de Diputados, a las que adherimos en su totalidad.

Solicitamos a los colegas senadores que hagan su aporte para que la norma en consideración sea sancionada esta noche.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra el señor senador Sanz.

**Sr. Sanz.** – Señor presidente: como miembro informante del bloque, voy a solicitar autorización para insertar mis fundamentos a fin de que la presente sesión termine en un horario razonable atento el trabajo que aún queda pendiente.

En ese sentido, nuestro bloque adelanta que va a acompañar la iniciativa. Los fundamentos, como he dicho, vamos a solicitar que sean insertados.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra el señor senador Rodríguez Saá.

**Sr. Rodríguez Saá.** – Señor presidente: en el mismo sentido, vamos a solicitar insertar nuestros fundamentos y dejamos sentado que vamos a votar afirmativamente el proyecto en consideración.

Voy a solicitar que se inserte el expediente 73 del Poder Ejecutivo del 27 de diciembre de 2001, ya que allí se encuentran los fundamentos de lo que pensamos sobre este asunto.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra el señor senador Jenefes.

**Sr. Jenefes.** – Señor presidente...

**Sra. Giusti.** – ¿Me permite una interrupción?

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Para una interrupción, tiene la palabra la señora senadora Giusti.

**Sra. Giusti.** – Señor presidente: quiero adelantar el voto afirmativo para el presente proyecto y solicitar la autorización para insertar los discursos.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra el señor senador Jenefes.

**Sr. Jenefes.** – Señor presidente: simplemente quiero destacar que en distintas oportunidades en el seno de esta Cámara he planteado un proyecto similar al que se encuentra en consideración. Así lo hice en los años 2004, 2006 y 2008, en compañía con la senadora Escudero, porque entendía que se debía limitar el delito de calumnias e injurias al caso de la real malicia, aceptando una vieja jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en un famoso caso.

Veo con beneplácito que hoy se pueda tratar un proyecto por el que venía bregando, con el propósito de apuntalar un derecho y una garantía constitucional como es el de la libertad de expresión, pilar de la democracia.

Por lo tanto, pido autorización para insertar mi discurso y adelanto mi voto por la afirmativa.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra la señora senadora Escudero.

**Sra. Escudero.** – Señor presidente: efectivamente fue nuestra intención al presentar el proyecto el 24 de noviembre de 2008 recoger e incorporar en el derecho interno la decisión del caso “Kimmel”.

Obviamente, nuestro proyecto lo que intentaba hacer era incorporar la doctrina de la real malicia, muy bien diseñada en la Argentina por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que entendemos que el caso “Kimmel” no solicita que no haya sanción penal en el caso de las calumnias e injurias.

De todos modos, aunque existen algunas diferencias con el proyecto en consideración, dejamos sentado nuestro apoyo a la iniciativa ya que acordamos con el sentido. No obstante, no dejamos de criticar lo que hace a la multa ya que una multa en pesos en un contexto inflacio-

nario nos lleva a que en dos años la multa sea simbólica y, de esa forma, estamos eliminando la sanción penal. Hubiera sido de mejor técnica legislativa establecer alguna pauta, como por ejemplo, equis cantidad de salarios mínimo, vital y móvil, con lo cual tendríamos una multa que mantenga su valor en el tiempo.

De todos modos, con estas salvedades, vamos a apoyar en general y en particular el proyecto.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra el señor senador Cabanchik.

**Sr. Cabanchik.** – Señor presidente: celebro la sanción de la Cámara de Diputados. Me parece que es un avance respecto de la legislación actual. Estos delitos contra el honor tienen una tipificación vaga, como lo dijo la jurisprudencia establecida por el caso “Kimmel”. Considero que estábamos en mora al respecto y ahora estamos remediando en algo la situación.

Sin embargo, quisiera sostener el proyecto que presenté en su momento, porque todavía encuentro diferencias sustantivas con el proyecto en consideración. Por eso es que voy a acompañar en general, no así en particular. Con la sanción de este proyecto de ley no respondemos adecuadamente a lo determinado en razón del caso “Kimmel” porque entiendo que el delito de injuria permanece en el proyecto por más que haya una penalización establecida en pesos y no una figura penal específica.

Considero que hay una diferencia sustantiva entre injuria y calumnia, que podríamos perfectamente definirla en el texto de una buena ley. En el caso de la calumnia hay un hecho imputado, hay algo objetivable. En el caso de la injuria, no. Se trata directamente de algo que se le imputa a una persona, de cualidades abstractas que se pretende se han lesionado. Eso es lo que sigue habilitando el camino a problemas en torno de la libertad de expresión.

Solicito autorización para insertar mi exposición en el Diario de Sesiones y no extenderme ahora con el discurso. Pero sí quiero insistir con el proyecto que en su momento presentara que no mantenía la figura de la injuria, que en el caso del proyecto en consideración se mantiene junto con la de la calumnia. Si las separamos, cumpliríamos mucho más adecuadamente con

el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – No hay más oradores.

Primero se van a votar las inserciones.

–Se practica la votación.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Resultan autorizadas.<sup>1</sup>

Se va a votar en general y particular.

Usted, senador Cabanchik, había hecho alguna reserva con respecto a la votación en particular que consta en la versión taquigráfica...

**Sr. Cabanchik.** – Yo pedía que se votara primero en general y luego en particular, artículo por artículo, porque en algunos casos podría acompañar y en otros no.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra el señor senador Pichetto.

**Sr. Pichetto.** – No vamos a aceptar modificaciones. Creemos que es importante que se sancione la norma. Además, es un reclamo de muchos periodistas, comunicadores...

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Senador Cabanchik: puede dejar constancia de sus diferencias para que queden registradas en el Diario de Sesiones, y pasamos a votar en general y en particular.

**Sr. Cabanchik.** – Sería algo novedoso votar afirmativamente aclarando que lo hago con una disidencia parcial en el aspecto tal o cual. Es complejo. Pero, bueno, hay que innovar. (*Risas.*)

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Quiero que no se moleste tanto esta noche. (*Risas.*)

Tiene la palabra la señora senadora Escudero.

**Sra. Escudero.** – Señor presidente: que se permita al señor senador Cabanchik que exprese cuáles son las propuestas de modificación en particular, de manera que podamos votar en una sola votación.

**Sr. Presidente** (Pampuro). – Tiene la palabra el señor senador Cabanchik.

**Sr. Cabanchik.** – La formulo en forma genérica: eliminar la figura de la injuria. Entonces, voy a votar en contra de todos aquellos artículos

<sup>1</sup> Ver el Apéndice.

de la sanción de la Cámara de Diputados en los que se incluye la figura de la injuria junto con la figura de la calumnia. Solamente estoy de acuerdo en que se mantenga la figura de calumnia, no la de injuria, que directamente tendría que desaparecer del Código Penal. Esta era mi propuesta de alternativa.

—Murmullos en las bancas.

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Si no se hace uso de la palabra, se va a votar en general y en particular. Ya se autorizaron las inserciones. Vamos a terminar la noche en paz.

—Se practica la votación por medios electrónicos.

**Sr. Secretario** (Estrada). — Se registran 51 votos afirmativos, unanimidad, con las salvedades que ha hecho el senador Cabanchik, de las que queda constancia en el Diario de Sesiones.

—El resultado de la votación surge del acta 8.<sup>1</sup>

**Sr. Secretario** (Estrada). — Senador Fernández: sírvase manifestar su voto a viva voz.

**Sr. Fernández.** — Afirmativo.

**Sr. Secretario** (Estrada). — En consecuencia, los votos afirmativos son 52.

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Queda definitivamente sancionado el proyecto de ley. Se harán las comunicaciones correspondientes.

## 27

### O.D.-569 NI: MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 23.775

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Corresponde considerar si se trata sobre tablas el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, en el proyecto de ley en revisión por el que se modifica el artículo 1º de la ley 23.775, sobre creación de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. (C.D.-57/09.)

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar el tratamiento sobre tablas.

—Se practica la votación.

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Aprobado.

**Sr. Mayans.** — Señor presidente: está la gobernadora presente.

**Sr. Presidente** (Pampuro). — Se encuentra en el recinto la señora gobernadora de la provincia de Tierra del Fuego, a quien damos la bienvenida.

En consideración el proyecto.

Tiene la palabra el señor senador por Tierra del Fuego.

**Sr. Martínez (J. C.).** — Señor presidente: el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal, por definición, tiene como una de sus cuestiones básicas el tema de sus límites; tener fijados sus límites. Con respecto a esto, que es tan básico, en nuestra provincia, el último Estado que se provincializó en 1990, hubo un veto parcial en esa ley de provincialización, por el decreto 905, del entonces presidente Menem, por el cual vetaba el párrafo que aludía a los límites de Tierra del Fuego.

Es muy difícil explicar a los jóvenes, en nuestras escuelas, en Educación Cívica, cómo es esto de que somos un no Estado. La gran mayoría somos una generación muy joven que migramos a Tierra del Fuego. En la década del 80, cuando aún era territorio nacional, discutíamos cuál era el futuro de esa región, nuestro futuro. La gran discusión de los 80 fue acerca de provincia grande, provincia chica; si incluía los mares interiores; si incluía las Malvinas, después de una guerra; si incluía la Antártida; si incluía las islas del Atlántico Sur; cuál iba a ser el desarrollo de la región y, obviamente, el de la población; el desarrollo vinculado con la industria radicada en la provincia; el desarrollo vinculado con nuestros recursos naturales, ya sea alimentarios o hidrocarbúricos; nuestros recursos energéticos; nuestros recursos turísticos; nuestra proyección hacia la Antártida, y la discusión de la soberanía sobre Malvinas. Todo eso discutimos por la política de los 90 de querer restablecer relaciones diplomáticas con el Reino Unido, principal aliado de los Estados Unidos.

Ya se perfilaban las políticas neoliberales de los 90 de eliminar la industria nacional y de generar un país agroexportador donde no tuvieran cabida nuevos desarrollos e, inclusive, donde había que quedar bien con el Reino Unido

<sup>1</sup> Ver el Apéndice.





Votación Nominal

127º Período Legislativo - Ordinario - 13º Sesión

DICTAMEN EN EL PROYECTO DE LEY EN REVISIÓN SUSTITUYENDO DIVERSAS NORMAS CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL REFERIDAS A CALUMNIAS E INJURIAS, A EFECTOS DE ADECUARLAS A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ORDEN DEL DÍA 578  
 (CD-63/09)

VOTACIÓN EN GENERAL Y EN PARTICULAR

Acta N°: 8	Fecha: 18-11-09	Hora: 21:50
Tipo de Quórum:	mas de la mitad de los miembros del cuerpo	Mayoría Requerida: mas de la mitad de los presentes
		Miembros del Cuerpo: 72
Presidente:	PAMPURO, José Juan B.	Desempate: NO

Apellido y Nombre	VOTO	Apellido y Nombre	VOTO
BANICEVICH, Jorge Esteban	AFIRMATIVO	MAYANS, José Miguel Angel	AFIRMATIVO
BASUALDO, Roberto Gustavo	AFIRMATIVO	MAZA, Ada	AFIRMATIVO
BIANCALANI, Fabio Darío	AFIRMATIVO	MENEM, Carlos Saúl	AUSENTE
BONGIORNO, María José	AUSENTE	MIRANDA, Julio Antonio	AUSENTE
BORTOLOZZI, Adriana Raquel	AFIRMATIVO	MORALES, Gerardo Ruben	AFIRMATIVO
CABANCHIK, Samuel Manuel	AFIRMATIVO	NEGRE DE ALONSO, Liliana Teresita	AFIRMATIVO
CALCAGNO Y MAILLMAN, Eric	AFIRMATIVO	NIKISCH, Roy Abelardo	AFIRMATIVO
CASTILLO, Oscar Aníbal	AUSENTE	OSUNA, Blanca Inés	AFIRMATIVO
COLAZO, Mario Jorge	AFIRMATIVO	PAMPURO, José Juan Bautista	AFIRMATIVO
COLOMBO DE ACEVEDO, María T	AUSENTE	PARRILLI, Nanci María Agustina	AFIRMATIVO
CORRADI de BELTRÁN, Ana María	AFIRMATIVO	PERCEVAL, María Cristina	AFIRMATIVO
CORREGIDO, Elena Mercedes	AFIRMATIVO	PEREZ ALSINA, Juan Agustín	AFIRMATIVO
DIAZ, María Rosa	AFIRMATIVO	PERSICO, Daniel Raúl	AUSENTE
ESCUDERO, Sonia Margarita	AFIRMATIVO	PETCOFF NAIDENOFF, Luis Carlos	AFIRMATIVO
ESTENSSORO, María Eugenia	AUSENTE	PICHETTO, Miguel Angel	AFIRMATIVO
FELLNER, Liliana Beatriz	AFIRMATIVO	PINCHETTI de SIERRA M. Delia	AUSENTE
FERNANDEZ, Nicolas Alejandro	LEV.VOT.	QUINTELA, Teresita Nicolasa	AFIRMATIVO
FILMUS, Daniel Fernando	AFIRMATIVO	RACHED, Emilio Alberto	AFIRMATIVO
FUENTES, Marcelo Jorge	AFIRMATIVO	REUTEMANN, Carlos Alberto	AUSENTE
GALLEGO, Silvia Ester	AFIRMATIVO	RIOFRIO, Marina Raquel	AFIRMATIVO
GIOJA, César Ambrosio	AFIRMATIVO	RÍOS, Roberto Fabián	AFIRMATIVO
GIRI, Haide Delia	AFIRMATIVO	RODRIGUEZ SAA, Adolfo	AFIRMATIVO
GIUSTI, Silvia Ester	AFIRMATIVO	ROMERO, Juan Carlos	AUSENTE
GIUSTINIANI, Rubén Héctor	AFIRMATIVO	ROSSI, Carlos Alberto	AUSENTE
GONZALEZ de DUHALDE, Hilda B.	AUSENTE	SAADI, Ramón Eduardo	AUSENTE
GUASTAVINO, Pedro Guillermo Angel	AFIRMATIVO	SALAZAR, Carlos E.	AUSENTE
GUINLE, Marcelo Alejandro	AFIRMATIVO	SANCHEZ, María Dora	AUSENTE
ITURREZ de CAPELLINI, Ada Rosa	AFIRMATIVO	SANZ, Ernesto Ricardo	AFIRMATIVO
JENEFES, Guillermo Raúl	AFIRMATIVO	TORRES, Eduardo Enrique	AFIRMATIVO
LATORRE, Roxana Itatí	AFIRMATIVO	TROADELLO, Mónica	AFIRMATIVO
LORES, Horacio	AFIRMATIVO	URQUIA, Roberto Daniel	AUSENTE
MARIN, Rubén Hugo	AFIRMATIVO	VERA, Arturo	AFIRMATIVO
MARINO, Juan Carlos	AFIRMATIVO	VERANI, Pablo	AUSENTE
MARTINEZ, Alfredo Anselmo	AFIRMATIVO	VIANA, Luis Alberto	AUSENTE
MARTINEZ, José Carlos	AFIRMATIVO	VIGO, Elida María	AUSENTE
MASSONI, Norberto	AUSENTE	VIUDES, Isabel Josefa	AFIRMATIVO

## V

## INSERCIONES

**Nota:** las inserciones remitidas por los señores senadores a la Dirección General de Taquígrafos, para su publicación, son las siguientes:

1

**Solicitada por la señora  
senadora Parrilli.**

**Inclusión de bonos en la reestructuración  
de deuda (O.D.-575/09)**

En este proyecto de ley de suspensión temporal de la vigencia de los artículos 2°, 3° y 4° de la ley 26.017 se busca proponer un canje a los bonistas que no ingresaron en la primera renegociación de deuda que se realizó en 2005, a fin de eliminar el remanente de la deuda en *default*—del orden de los 20.000 millones de dólares— y obtener mejores tasas de interés, logrando así adecuar los servicios de deuda a las posibilidades del Estado nacional en el mediano y largo plazo.

De esta manera vamos a dotar al Poder Ejecutivo de los instrumentos indispensables para perfeccionar las operaciones de canje, bajo nuevas condiciones:

a) Que los términos y condiciones financieros de esta etapa no podrán ser iguales ni mejores que los ofrecidos a los acreedores del canje anterior.

b) Y que los bonistas que quieran participar deberán antes renunciar a todos los derechos por las acciones judiciales o administrativas que hubieran emprendido en el pasado y que se puedan iniciar en el futuro.

Del *default* declarado en el año 2001, comenzamos a salir con el canje del año 2005 que significó que los bonistas aceptaran la quita de capital, la no percepción de los intereses caídos entre 2001 y 2003, y una drástica disminución de intereses a partir de 2004, además de un fuerte alargamiento de los plazos (llegando hasta 2045).

No tengo dudas, señor presidente, de que fue la política económica desarrollada por el gobierno nacional la que permitió, a través de los superavits gemelos a lo largo del tiempo, la reestructuración de los servicios de deuda con el menor costo posible para nuestro país.

Ahora es este Congreso, según estipula la ley 26.017, el que tiene que avalar la reapertura del canje.

Recordemos que el nivel de aceptación que tuvo el canje en el año 2005 fue del 76 %, pero quedaron afuera casi 20.000 millones de dólares, que podrán renegociarse en esta segunda etapa, por lo que podremos poner fin así a las demandas que hoy existen contra el país en el exterior.

De esta manera facilitamos el acceso a los mercados de capital, tanto al Estado nacional, estados provinciales y sector privado, en la búsqueda, ojalá, de mayores inversiones directas a nuestro país.

Con este proyecto se pretende un beneficio mayor para la Argentina ya que el valor actual de la propuesta será menor al canje 2005 y además no se pagarán comisiones a los bancos.

No olvidemos que nuestro país le demostró a los tenedores de bonos en *default* que pudimos estar cuatro años con la renegociación de deuda cerrada y que no necesitamos en ese período de los mercados internacionales para crecer, y que además pudimos atravesar la gran crisis financiera mundial sin acceso a los mercados de crédito.

Señor presidente, por todo lo expuesto es que acompaño con mi voto positivo este proyecto de ley.

2

**Solicitada por la señora  
senadora Parrilli.**

**Modificación del Código Penal respecto del delito  
de calumnias e injurias (O.D.-578/09)**

Señor presidente:

Hoy el Estado nacional y particularmente este Congreso cumple con una vieja deuda de la democracia en pos de la libertad de expresión y los derechos humanos, aprobando este proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, honrando los compromisos internacionales asumidos.

Recordemos que hace más de un año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado argentino por el caso de Eduardo Kimel, periodista condenado por criticar la actuación de la Justicia durante la investigación de la masacre de San Patricio en 1976. Y, en dicho pronunciamiento, el tribunal ordenó al país dejar sin efecto la sentencia e indemnizar al periodista, intimando a modificar la legislación a fin de evitar violaciones a la libertad de expresión.

En este sentido, el proyecto de modificación de los delitos de calumnias e injurias en la norma penal nacional responde al cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien manifestó la incompatibilidad de la tipificación actual de ambos delitos con los derechos de “libertad de expresión” y el “principio de legalidad” de la Convención Americana de Derechos Humanos, hoy con rango constitucional, en razón de no definir claramente la conducta incriminada ni fijar con exactitud la acción antijurídica, resultando sus términos vagos y ambiguos.

Así, la reforma delimita la imputación de la “calumnia o falsa imputación” a las personas físicas que hayan cometido un delito concreto que dé lugar a la acción

pública, estableciendo además que no serán delitos de calumnia las “expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas; haciéndolo de igual forma en el caso de las injurias o falsa imputación.

Si bien por un lado la libertad significa la imposibilidad por parte de terceros de cercenar la publicación de las ideas sin censura previa, también significa la imposibilidad de invadir la personalidad, esto es, libertad con responsabilidad, con trabajo dedicado y con honor, honestidad y seriedad.

Así, en oportunidad de conmemorar los 30 años de la visita que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizara al país en 1979, la presidenta de la Nación remitió el proyecto a este Parlamento con la siguiente alocución: “En ningún período se pudo hablar con mayor libertad que durante el actual gobierno. [...] Prefiero mil millones de mentiras antes que ser la responsable de haber cerrado la boca de alguien.”

Por estas razones y palabras de la primera magistrada que comparto, voy a acompañar este proyecto.

## 3

**Solicitada por la señora  
senadora Parrilli.**

**Modificación del Código Procesal Penal  
(O.D.-577/09)**

Señor presidente:

El presente proyecto de ley se inscribe en la lógica de la política sobre derechos humanos del gobierno nacional, la sanción penal a los violadores de derechos humanos y la ponderación de la verdad sobre hechos trágicos y sus consecuencias que afectan a la sociedad en su conjunto por sobre la impunidad y la injusticia que reclaman todos los argentinos.

La modificación del procedimiento para la obtención del ADN por los medios convencionales de extracción de sangre, saliva o un cabello, así como también los medios alternativos que propone la ley como el allanamiento domiciliario o la requisita personal a fin de obtener diversos objetos de su pertenencia, en muestras mínimas indispensables, viene a eliminar a la luz de la necesidad y justificación el supuesto conflicto de derechos fundamentales en pugna.

El derecho fundamental a la verdad, precisa el marco jurídico para acceder al conocimiento de una realidad que marcó bajo el signo del dolor a la sociedad argentina.

El proyecto en tratamiento excluye la obtención compulsiva de sangre, respetando su negativa, sin coerción física ni invasión corporal sobre la víctima presuntamente secuestrada, con la posibilidad de la utilización de métodos no invasivos como elementos de uso personal, para estudios de histocompatibilidad, respetando la dignidad humana de todas las partes y, de esta forma, terminar con la angustia de las víctimas de los hechos que se investigan.

Asimismo, resulta de suma importancia que las muestras obtenidas sólo lo sean a fin de la obtención de la verdad en las causas judiciales sobre sustracción de menores, quedando vedado cualquier otra utilización de efecto jurídico.

Resultaba necesario a fin de la resolución de los procesos judiciales normar un procedimiento en donde la verdad pueda emerger. Por ello, no debemos ser cómplices de la mentira fraguada al calor de la apropiación de niños nacidos en cautiverio de sus padres y la desaparición forzada de personas.

Nos debe guiar como legisladores en la ponderación política al fijar una norma general como la presente de las causas sobre derechos humanos que van a ser aplicadas a fin del descubrimiento de la verdad, que a veces suele ser muy dolorosa, pero necesaria.

Así, en el marco de fallos recientes, dos de nuestros ilustres jueces de la Corte de Justicia de la Nación, los doctores Lorenzetti y Zaffaroni, han sostenidos que “no hay en el mundo precedentes de casos de secuestro y consiguiente privación de identidad masiva de niños de cortísima edad o nacidos en cautiverio o arrebatados de sus hogares producto del asesinato de sus padres en el curso de la práctica de crímenes de Estado, que se hubiera mantenido indefinidamente en el tiempo como parte de un plan estratégico llevado a cabo por el aparato estatal violador de derechos humanos elementales”.

Señores senadores, por la verdad y la Justicia es que voy a apoyar el presente proyecto.

## 4

**Solicitada por la señora senadora Perceval.**

**Convenios internacionales  
(P.E.-363/09, O.D.-244 y O.D.-431)**

Señor presidente:

Hace veinticinco años, las relaciones bilaterales entre Chile y la Argentina pasaban por su momento más tenso y conflictivo. En 1978 ambos países se encontraban al borde de un conflicto bélico por la disputa limítrofe de tres islas australes del canal Beagle.

Luego de un exitoso proceso de mediación por parte del Vaticano, los gobiernos de Chile y la Argentina, suscribieron en Roma el Tratado de Paz y Amistad de 1984. Se había evitado una irremediable guerra, pero tal vez, en esos momentos, nadie pensó que se habían sentado las bases para una amplia relación de cooperación.

Este tratado internacional constituyó una base sólida para los futuros entendimientos políticos, económicos y de seguridad. Pero lo que es más importante aún, permitió la proyección hacia el futuro de un postulado esencial; la paz como presupuesto de la cooperación y de la integración entre Chile y la Argentina, permitiendo avanzar más allá de la mera cooperación económica, extendiéndose a otras áreas como las ciencias, tecnología, educación, seguridad social; posibilitando



12

**Solicitada por el señor senador Jenefes.****Modificación del Código Penal respecto del delito de calumnias e injurias (O.D.-578/09)**

Señor presidente:

La Cámara de Diputados envía en revisión el presente proyecto de ley por el cual se modifica el Código Penal, en relación con los delitos de calumnias e injurias.

Con el mismo se pretende adecuar la normativa nacional a los estándares internacionales y, fundamentalmente, dar respuesta a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del día 2 de mayo de 2008, en el caso “Eduardo Kimel c/ Argentina”.

En dicho caso, la CIDH requirió a nuestro país revisar el ordenamiento jurídico para garantizar la libertad de expresión.

Por lo demás, el proyecto de ley recoge la doctrina de la real malicia, elaborada por la jurisprudencia de la CSJ de los EE.UU. en el célebre caso “New York Times vs. Sullivan”.

Asimismo, en el proyecto de ley se toman los fundamentos de un conjunto de sentencias nacionales que robustecieron la libertad de expresión en el ámbito de los asuntos públicos; tales como “Patitó”, “Bruno”, “Campillay”, “Granada”, “Morales Solá”, etcétera.

En mi carácter de presidente de la Comisión de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión he presentado diversos proyectos que se encuentran en línea con el que estamos tratando. Por citar algunos de los textos presentados ante este cuerpo se pueden enunciar los expedientes 1.251/04, 42/06 y 1.146/08 sobre modificaciones al Código Penal en lo referido al artículo 113; así como también los expedientes 2.246/05 y 518/07 que proponen la modificación a la ley 25.188, y por último he acompañado a la señora senadora Escudero y al señor senador Pettcoff Naidenoff, en la presentación del expediente 4.199/08 incorporando el artículo 110 bis al Código Penal.

O sea, desde hace tiempo he propuesto la derogación del artículo 113 del Código Penal para evitar la penalización de quien se limita a reproducir injurias y calumnias proferidas por otros; he solicitado la reforma de la ley de ética pública para incorporar la figura de la real malicia y he acompañado a la señora senadora Escudero en un proyecto de ley de similares características al que estamos tratando, en donde, precisamente, se procuraba dar respuesta a lo requerido por la CIDH en el caso “Kimel”.

Por todo ello, adelanto mi voto favorable a la presente iniciativa.

***Los asuntos de interés público***

El presente proyecto de ley pone eje en los asuntos de interés público. Esto significa tomar la postura más garantista en orden a la libertad de expresión.

La evolución legislativa en esta materia muestra que en un primer momento la limitación del castigo penal se limitó a funcionarios públicos; luego se contempló a la figuras o personalidades públicas, y por último, se hizo eje en las opiniones en relación a los asuntos de interés público, más allá del sujeto en cuestión.

En relación a la situación de los afectados por los delitos de injurias y calumnias, debe distinguirse si se trata de funcionarios públicos, personalidades públicas o ciudadanos comunes.

En un primer momento, la normativa del Código Penal concedía una protección especial a determinados funcionarios públicos. En efecto, el artículo 244 del citado código castigaba:

“Al que por cualquier medio ofendiere el honor o el decoro de un funcionario público, dirigiéndose a él, y a causa o en el ejercicio de sus funciones...”.

Luego, se señalaba que la pena sería mayor si la ofensa era dirigida al presidente de la Nación, a un gobernador, un ministro, un miembro del Congreso Nacional o provincial o un juez.

Desde diversos sectores doctrinarios se expresaba que resultaba injustificable en un régimen democrático la vigencia de la figura del desacato, delito que parecía ser un resabio de concepciones autoritarias.

En esta misma orientación, un buen número de sentencias judiciales comenzaron a cuestionar la razonabilidad de la existencia de este delito. En la causa “Galván, Raúl c/Ramos, Julio H.” (CNFed. Crim. y Correc., Sala II - 20/3/987) se señalaba: “...el carácter injusto, agresivo, hiriente o áspero de las críticas a la actuación de los funcionarios públicos, aún cuando fuera estimado desde el punto de vista de la dogmática penal, no basta, de acuerdo al espíritu de la Constitución, para fundar una condena penal si no media también un especial propósito lesivo”.

Este fallo, como muchos otros, se han inspirado en el célebre caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., en 1964, “New York Times vs. Sullivan”, en donde se exige a los funcionarios públicos, como consecuencia de las altas misiones que les confió la sociedad, la carga de soportar con mayor tolerancia que un ciudadano común las críticas de la prensa.

Este importantísimo fallo ha constituido uno de los precedentes judiciales más trascendentes en la resolución del conflicto entre la libertad de expresión y el honor de los funcionarios públicos.

Con anterioridad a este fallo, las críticas vertidas por los medios, respecto del accionar de los funcionarios públicos, no eran sancionadas jurídicamente, sólo si se acreditaba la absoluta veracidad de los comentarios. Cualquier inexactitud, por mínima que fuera, conducía a la condena de la prensa.

A raíz de este famoso caso se produce un cambio sustancial en la jurisprudencia norteamericana; ya que para la configuración del delito de injurias y calumnias se comienza a exigir la comprobación de la actual ma-



licia; es decir, el conocimiento real de la falsedad de la noticia por parte del periodista, que no obstante ello, maliciosa y temerariamente publica la información. Otro dato sustantivo de esta figura consiste en que la carga de la prueba de la actual malicia, corre por cuenta del funcionario público que se considera agraviado.

En suma, el fallo reconoce un lugar privilegiado a la libertad de prensa en el régimen democrático.

Además, parte de la premisa que los funcionarios públicos, por administrar bienes de la sociedad, deben, en consecuencia, soportar con mayor tolerancia que un ciudadano común las críticas hacia su labor.

Destaca el fallo que las sociedades democráticas se consolidan a través de los debates profundos sobre cuestiones públicas, y que éstos son frecuentemente duros e incisivos. En consonancia con ello, juristas como Carlos Nino consideran a la democracia como el “gobierno del debate por excelencia”.

Partiendo de estos supuestos, la doctrina elaborada por la Corte de los EE.UU. admite que la preservación de ese marco de debate está por encima, en la escala axiológica, de las eventuales ofensas que pueden proferirse a los funcionarios. Finalmente, la sentencia reconoce que si bien la mesura es deseable, no es posible imponerla en forma coercitiva, pues por ese camino se llegaría, inexorablemente, a la supresión de la libertad de prensa.

La Corte estadounidense, posteriormente, fue todavía más allá en las causas “Curtis Publishing Co. vs. Butts” y “Associated Press vs. Walker” (388 US 130, de 1967) y consideró aplicable el estándar “*New York Times vs. Sullivan*” a las figuras públicas, aun cuando no fueran agentes públicos. La sentencia consideró a los actores como personajes públicos, que estaban en situación de poder contraargumentar públicamente las imputaciones de que eran objeto. Para esas sentencias son figuras públicas quienes están estrechamente involucrados en la resolución de cuestiones públicas o quienes, por su fama, están en condiciones de influir en acontecimientos de relevancia para toda la sociedad”. (Adrián Ventura, “La función de la prensa en el control de la corrupción”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*.)

De este modo, los principios sentados en el caso “*New York Times vs. Sullivan*” se han hecho extensivos no sólo a funcionarios públicos, sino también a figuras públicas. El próximo paso será aplicar estos principios a particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público.

Dicha ampliación surge de lo resuelto en “*Rosenblatt vs. Baer*” (1966): “...Ya no exigió que el funcionario público ocupe un cargo electivo, sino que bastó con que Baer tuviera poder de decisión sobre asuntos públicos. Así, la doctrina se extendió a cualquier agente público e inclusive, a partir de la idea de que existe un fuerte interés en el debate sobre los asuntos públicos, la hizo aplicable no sólo a los funcionarios elegidos sino también a los candidatos, y no sólo a las conductas que

hacen al ejercicio de la función, sino asimismo a los comportamientos públicos o privados que sirven para formarse un juicio sobre la idoneidad del afectado para llevar a cabo ese cometido”.

Éste es precisamente, el temperamento que adopta el presente proyecto de ley, que no exige la presencia de funcionarios o figuras públicas para la limitación de la figura penal, sino que se basa en el supuesto de asuntos de interés público.

De este modo, se robustece el debate sobre las cosas públicas, consolidándose la democracia.

La Corte norteamericana siguió expidiéndose sobre el tema, en otras causas, como “*Rosembloom vs. Metromedia*” (1971) y “*Gertz vs. Welch*” (1974).

### *La postura de nuestros tribunales*

Resulta necesario recordar que esta jurisprudencia ha sido reiteradamente citada y tomada como punto de referencia por diversos tribunales de nuestro país.

En la causa “*Vago, Jorge Antonio c/Ediciones La Urraca S.A. y otros*”, en 1991, la CSJN hace referencia a la doctrina de la real malicia, y señala: “Con relación a la información objetiva y verídica, corresponde destacar las dificultades que ofrece la teoría del conocimiento, la posibilidad de llegar a la realidad de las cosas. De ahí que si la información deseable sea la objetiva, la posible es la información que tiende a esa verdad objetiva. Esta limitación subyace como herencia de la condición humana que la formula y marca, con el signo del acierto o del error, la distancia que siempre existe entre el hecho y su relato... No se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe”.

Ciertamente, el punto culminante en esta línea de admisibilidad de la doctrina de la real malicia estuvo dado por la sentencia dictada por la CSJN en el juicio iniciado por Dante Giadone al periodista Joaquín Morales Solá (“*Solá, Joaquín Miguel s/Injurias*”. Causa 9.648).

El periodista citado fue querellado criminalmente por lo afirmado en su libro *Asalto a la ilusión* (Ed. Planeta, 1990). El cuestionado párrafo señalaba: “Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates notables entre los civiles que llegaban al poder. Por ejemplo, un viejo amigo de Alfonsín, el abogado Dante Giadone, que se había retirado como suboficial del Ejército, propuso al presidente sacarle el uniforme al Regimiento de Granaderos (tradicional custodia de mandatarios) y vestirlos de civil. Alfonsín levantó la mirada y suplicó: ‘Por favor, piensen en lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo’. Pero la fiesta parecía interminable y se suponía que había espacio para cualquier algarada”.

En primera instancia, la Justicia había absuelto de culpa y cargo a Morales Solá, pero la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional lo condenó a tres meses de prisión en suspenso

por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias. Finalmente, la CSJN revocó la sentencia de la Cámara y absolvió al periodista Morales Solá, buena parte de sus argumentos recogieron los postulados del célebre caso “*New York Times vs. Sullivan*” (373 U.S., 254, 271).

Al respecto, los ministros de la Corte dieron su parecer. El doctor Boggiano sostuvo que esta teoría: “Ampara sí a la prensa cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o a particulares involucrados en ella aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas; en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia, con el propósito de injuriar o calumniar”.

Por su parte el doctor Petracchi destacó pasajes sustanciales de lo oportunamente resuelto por la Corte norteamericana: “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir (“*New York Times vs. Sullivan*”). La importancia de esta doctrina se funda en la necesidad de evitar la autocensura. Sólo si los eventuales críticos de la conducta oficial pudieran evitar su condena con la prueba de la verdad de los hechos afirmados, aquellos ‘...podrían verse disuadidos de expresar sus críticas aún cuando crean que lo afirmado es cierto y aún cuando ello sea efectivamente cierto, debido a la duda de poder probarlo en los tribunales o por miedo al gasto necesario para hacerlo. Tenderían a formular exclusivamente declaraciones que se mantengan bien apartadas de la zona de lo ilícito. Así, la regla desalentaría el vigor y limitaría la variedad del debate público. Ello es inconsistente con la primera y la decimocuarta enmienda’ (“*New York Times vs. Sullivan*”).

Luego agregó que, en “*Gertz*” ese mismo tribunal afirmó: “La primera enmienda requiere que protejamos alguna falsedades a efectos de tutelar el discurso que tiene importancia”.

El citado magistrado destacó criterios similares expresados por el tribunal constitucional español en su sentencia 6/1988: “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho (de expresarse libremente), la única garantía para la seguridad jurídica sería el silencio”.

En la misma inteligencia, el doctor Petracchi citó otros ejemplos del derecho comparado, señalando que en forma parecida se había expresado el tribunal constitucional alemán. En el caso Boll dicho tribunal sostuvo: “...un énfasis excesivo en la obligación de probar la verdad y las graves sanciones que son su consecuencia, podría llevar a una restricción y a una inhibición de los medios; estos ya no podrían cumplir con sus tareas, especialmente aquellas que consisten en el control si se los sometiera a un riesgo –de sanción– desproporcionado”.

Finalmente el doctor Bossert, también ministro de la Corte argentina, expresó al respecto: “...corresponde señalar que esta Corte coincide con lo expresado por varias jurisdicciones constitucionales en el sentido de que la libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones ‘verdaderas, sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche suficiente; en tal sentido resultan invocables los conceptos expuestos en la Corte norteamericana en ‘*New York Times vs. Sullivan*, que han sido extendidos al área penal en ‘*Garrison vs. Louisiana*’ (379 U.S 64. 74-1974)”.

De este modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación incorpora la doctrina de la real malicia en su sentido más amplio. Es decir, no limitándola estrictamente a los funcionarios públicos, sino haciéndola extensiva a las personalidades públicas y a los asuntos de interés público.

De igual forma, y coincidiendo con el criterio adoptado por la jurisprudencia, gran parte de la doctrina nacional sostiene la importancia de acoger en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la real malicia, para garantizar el más pleno ejercicio de la libertad de prensa, y consolidar así la democracia en la Argentina.

#### *La postura de los medios argentinos*

El proyecto de ley responde también a los principios mantenidos por los principales medios de comunicación de nuestro país.

Así, el “Manual de Estilo” del diario *Clarín* indica: “La interpretación judicial establece una diferencia sustancial entre las personas que son figuras públicas de aquellas que no lo son. En los casos de las noticias que puedan afectar la reputación de personas que no son figuras públicas, el derecho constitucional a la libre expresión e información no puede ser ejercido en detrimento de otros derechos constitucionales, como el de preservar la integridad moral y el honor de las personas”.

“En el caso de personas que no son figuras públicas, el diario es siempre responsable por la difusión de información que pueda afectar su reputación. El hecho de que el diario no haya tenido intención de difamar, calumniar o injurias no lo exime de responsabilidad.”

“Por lo tanto, cuando se publique en forma asertiva una información que pueda afectar la reputación de personas que no son figuras públicas siempre debe especificarse la fuente que proporcionó la información, que es lo ideal y recomendable. Cuando no se pueda especificar la fuente, se deberá mantener rigurosamente en reserva la identidad de los implicados.”

Finalmente, el “Manual de Estilo” del diario *Clarín* señala:

“En el caso de las personas que son figuras públicas cambia la relación entre el derecho de la prensa a informar y los derechos individuales que puedan verse afectados por la publicación de comentarios lesivos.

La doctrina de la real malicia ampara a la prensa ante acusaciones por agravios, referidas a funcionarios o figuras públicas, o a personas particulares involucradas en cuestiones de interés público. En este caso, los afectados deberán demostrar que el periodista conocía la falsedad de la información, o que se manejó con notoria despreocupación sobre si era falsa o no, o que obró con real malicia, con el objetivo de injuriar o calumniar.”

### *El proyecto del Poder Ejecutivo nacional*

En este contexto, el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo nacional que es remitido por la Honorable Cámara de Diputados, viene a consagrar todos estos principios.

Toma en consideración las posturas más garantistas en orden a la libertad de expresión, sosteniendo la inexistencia de los delitos de injurias y calumnias en los casos referidos a los asuntos públicos.

Así, en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, en el principio 10 se afirma: “Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

En los fundamentos de tal principio se señala: “Este principio se refiere básicamente a la necesidad de revisar las leyes que tienen como objetivo proteger el honor de las personas (comúnmente conocidas como calumnias e injurias). El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generará indudablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. Las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar, el discurso que se considera crítico de la administración pública”.

En esta misma orientación, la Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático. “Es evidente que tales sanciones no pueden justificarse, sobre todo, considerando la capacidad de las sanciones no penales para reparar cualquier perjuicio ocasionado a la reputación de los individuos”.

En esa inteligencia se afirma que la democracia representativa exige que los funcionarios públicos,

o todas aquellas personas que están involucradas en asuntos de interés público, sean responsables frente a los hombres y mujeres que representan. De este modo, la sociedad podrá contar con un derecho amplio para monitorear con las mínimas restricciones posibles el manejo de los asuntos públicos.

### *Cita de fuentes. Verbo potencial. Afirmaciones no asertivas*

Por otra parte, el proyecto de ley toma la postura adoptada por nuestra CSJN, en donde se limita la responsabilidad jurídica por la cita de fuentes y las afirmaciones en tiempo de verbo potencial; es decir, las que no sean asertivas.

En el célebre caso “Campillay c/La Razón, Crónica y Diario Popular”; sentencia CSJN; 15/5/986), la postura mayoritaria ha entendido que el uso del potencial habría eximido de responsabilidad a la prensa.

Específicamente, el más alto tribunal señaló: “... los periódicos han incurrido en un ejercicio imprudente de su derecho a informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias [...] imponía [...] utilizar un tiempo verbal potencial...”.

La CSJN (26/10/93), en la causa “Triacca, Alberto Jorge c/La Razón, La Nación y la agencia Diarios y Noticias”, continuando con el criterio adoptado en el *leading case* “Campillay”, expresó: “... cuando un órgano periodístico difunde una información, que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no responde civilmente por ella en los supuestos en que [...] utilice un tiempo de verbo potencial”.

En la misma orientación, el proyecto de ley limita la responsabilidad penal por la cita de fuentes.

En el citado caso Campillay que condenó a los diarios *La Razón*, *Crónica* y *Diario Popular*, afirmó que un responsable ejercicio profesional: “... imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente...”.

Siguiendo la línea argumental trazada en “Campillay”; la CSJN en la causa “Granada” (26/10/93) expresó que el medio no asume responsabilidad: “... cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, dado que aquella dejaría de ser propia del medio”.

En el caso “Espinosa c/ Herrera de Noble”, la CSJN (27/10/94), señaló: “Si un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no responde civilmente por ella cuando hubiese atribuido su contenido a la fuente pertinente y efectuado, además, una transcripción sustancialmente idéntica a lo manifestado por aquella”.

Más adelante, en el mismo caso, se agrega: “Si el diario no mencionó el cable de la agencia noticiosa, ni ninguna otra fuente, y propaló una noticia como propia, debe responder civilmente por difundir una información de clara entidad difamatoria para el demandante”.

Así como se mencionara con relación al uso del potencial, en la causa “Triacca, Alberto Jorge c/ La Razón, La Nación y la agencia Diarios y Noticias”, la CSJN expresó: “...cuando un órgano periodístico difunde una información, que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no responde civilmente por ella en los supuestos en que... propale la información atribuyendo su contenido a la fuente pertinente”.

En los fundamentos de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión también se destaca la importancia de la cita de fuentes como limitante de responsabilidad. “Asimismo, en base a la doctrina sobre reporte fiel, la reproducción fiel de información no da lugar a responsabilidad, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona. Las bases de esta doctrina se encuentran en la necesidad de la libertad de expresión e información para la existencia de una sociedad democrática. Dentro de un sistema democrático, el debate debe ser fluido y amplio. La publicidad de la información proveída por terceros no debe verse restringida por la amenaza de responsabilidad al informador simplemente por reproducir lo manifestado por otro. Esto implica una restricción innecesaria que limita el derecho de las personas a estar informadas”.

Señor presidente: el proyecto venido en revisión se ajusta a las exigencias interamericanas en materia de libertad de expresión, responde concretamente a lo resuelto por la CIDH en el caso Kimel y se encuadra en la mejor jurisprudencia y doctrina nacional.

De este modo, se robustece la libertad de expresión y se consolida la democracia.

13

**Solicitada por la señora senadora Fellner.  
Modificación del Código Procesal Penal  
(O.D.-577/09)**

Señor presidente:

Este proyecto de ley que viene en revisión de la Cámara de Diputados aborda una problemática por demás interesante y que viene debatiéndose en diferentes ámbitos desde hace mucho tiempo. El tema resulta complejo pues presenta diversas aristas al momento de proceder a su análisis.

La iniciativa busca incorporar al Código Procesal Penal de la Nación un artículo que otorga a los jueces la facultad de ordenar, en el marco de un proceso penal, la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación.

Como todos sabemos, la última dictadura militar del siglo pasado cometió crímenes aberrantes tales como homicidios, torturas, privación ilegal de la libertad, desaparición forzada de personas, apropiación de menores y sustitución de su identidad.

También resulta de público conocimiento que el Estado argentino, con la presidencia de Néstor Kirchner primero, y con Cristina Fernández en la actualidad, se ha abocado a la persecución y castigo de los responsables de ese accionar estatal de tipo terrorista, así como también ha procurado una reparación integral de los daños generados por los mencionados gobiernos de facto.

La medida que se propone incorporar se inserta en este marco de respeto por los derechos humanos. Concretamente constituye una herramienta de investigación idónea, que busca ocuparse de una porción de esta etapa negra de nuestra historia, es decir, del conjunto de niños que hoy son mayores de edad que fueron sustraídos por la fuerza de su familia, siendo despojados de su verdadera identidad.

No obstante lo dicho hasta aquí, me voy a abocar a otros aspectos que surgen de esta incorporación, y que también son muy importantes. En este sentido resulta oportuno señalar que si bien el artículo tendrá efectos especialmente importantes para la temática de los derechos humanos, lo cierto es que permite la utilización de este medio de prueba no sólo para la investigación de delitos de lesa humanidad, sino que puede emplearse en cualquier investigación penal.

El objetivo de la reforma es instaurar un medio idóneo para la averiguación de la verdad material de los hechos, lo cual constituye el principio rector y la finalidad de máxima en materia de investigación penal.

Sin embargo, esta medida no puede ser adoptada de manera irrestricta o sin ningún tipo de condicionante. Por ello es que, como corresponde en un estado de derecho en el que impera la legalidad en el accionar de los poderes públicos, la orden de extracción de ADN deberá ser dictada por el juez, por auto fundado, donde se expresen los motivos que justifican su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto, todo ello bajo pena de nulidad.

Esta incorporación al Código Procesal Penal de la Nación se vincula con un proyecto que ha tratado y sancionado este honorable cuerpo en el mes de noviembre del año 2008, referido a la Creación del Registro Nacional de Identificación Genética de Abusadores Sexuales. El proyecto ha pasado a la Cámara de Diputados, estando allí pendiente de tratamiento.

El Registro Nacional de Identificación Genética de Abusadores Sexuales persigue como finalidad la comparación de las muestras de ADN halladas en la escena del crimen con la lista de perfiles de ADN del banco de datos, lo que permitiría identificar al criminal.

La obtención de datos genéticos será una herramienta eficaz para luchar contra el flagelo de tan graves delitos. Por ello es que la incorporación del artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación actuaría como un complemento de la propuesta referida a abusadores sexuales.

Es decir, la incorporación del mencionado artículo al código de forma, abre un nuevo horizonte en la búsqueda de la verdad en los procesos penales. Todo ello



procesos en los juicios donde se requieran pruebas que tenga que realizar el Banco de Datos Genéticos, pues aducirán el fundamento de que el Estado nacional será parte y perito en dichos procesos, ya que por un lado es querellante en tales juicios, y por el otro será perito en los mismos, lo que le quitará la imparcialidad exigida por las normas vigentes.

Creemos, que si el proyecto buscaba que el Banco de Datos Genéticos no dependiera más de un hospital público del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hubiera sido apropiado colocarlo bajo la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que la dotaría de la imparcialidad exigida.

Por otro lado, el artículo 2º del proyecto cambia el objeto del Banco de Datos Genético, ya que lo limita a la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética que sea necesaria como prueba para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad. Es decir, que sólo se podrá utilizar para la búsqueda e identificación de hijos y o hijas de personas desaparecidas que hubiesen sido secuestradas junto a sus padres o hubiesen nacido durante el cautiverio de sus madres; y a la identificación genética de los restos de personas víctimas de desaparición forzada, por lo se violará el principio de igualdad ante la ley, ya que quedarán excluidos todos aquellos otros supuestos no comprendidos en los ejemplos citados.

La verdad que no llegamos a comprender y nada se nos ha explicado al respecto porque se limita su objeto, cuando durante todos estos años el servicio prestado por el Banco Nacional de Datos Genéticos ha sido de utilidad para todos aquellos que necesitaron saber la verdad sobre su origen, y también ha sido reconocida su función por toda la sociedad.

Una vez más debemos dejar en claro nuestra disconformidad con la negativa impuesta por el bloque de la mayoría respecto a la imposibilidad de introducirle modificaciones a este proyecto, cuando sin lugar a dudas el futuro nos mostrará que los temas señalados darán resultados contrarios a la plena vigencia de los derechos humanos, toda vez que por un lado abrirá la puerta para las impugnaciones de los genocidas, y por el otro, discrimina a la sociedad entre quienes tendrán derecho a utilizar los servicios del Banco de Datos Genéticos y quienes no.

Por todo ello reiteramos nuestra oposición al proyecto que aquí se trata.

16

**Solicitada por el señor senador Giustiniani.  
Modificación al Código Penal respecto del delito  
de calumnias e injurias**

**(O.D.-578/09)**

Señor presidente:

Nuestro voto a este proyecto de ley será favorable, ya que con esta reforma se da cumplimiento a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el

caso del periodista Eduardo Kimel, que ordenó adecuar la legislación argentina para evitar que el uso de estas figuras legales afecte el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e inhiba la libre circulación de ideas e informaciones en casos de interés público.

Recordemos que la Corte Interamericana sancionó al Estado argentino por la condena impuesta a Kimel y ordenó que modifique en un tiempo razonable la legislación sobre calumnias e injurias de un modo que sea compatible con los estándares fijados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe precisar que fue la primera vez que se le ordenó a un Estado a reformar su legislación.

Aquí además de terminar con un instrumento que afecta la libertad de expresión, estamos dando cumplimiento a un fallo dictado por la CIDH, lo que de por sí sólo es de gran trascendencia, y es consecuencia directa de la adopción en nuestra Constitución de los tratados sobre derechos humanos. Tal como explica Hitters: “Este deber general del Estado parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*) para el cual el Estado debe ‘adaptar’ su actuación a la normativa de protección de la convención”.

Con la utilización de estas figuras penales en el caso mencionado se llegó al absurdo trágico de que Kimel, primero, y luego el Estado argentino, fueron los únicos condenados en la causa por la masacre de los sacerdotes palotinos.

Debemos recordar aquí que tal como lo entiende la doctrina moderna y lo comprendió la sentencia de la CIDH, los tipos penales de calumnias e injurias del Código Penal argentino violan el principio de legalidad (artículo 9º del Pacto de San José de Costa Rica) ya que la regla es que los tipos resulten claros, precisos, de allí que es necesaria su modificación por su vaguedad.

Cuando transformemos este proyecto en ley, las figuras de la calumnia y la injuria quedarán redactadas de un modo preciso, y quedará limitada la posibilidad de utilizarlas para frenar la libertad de expresión, por lo que así, nuestro país avanzará de manera significativa en el camino de la protección de dicha libertad, en claro respeto a los artículos 17, 18 y 32 de la Constitución Nacional y el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

17

**Solicitada por la señora senadora Viudes.  
Modificación al Código Penal respecto del delito  
de calumnias e injurias  
(O.D.-578/09)**

Señor presidente:

El proyecto que con media sanción de Diputados contiene el expediente C.D.-63/09, postula la modificación del capítulo referido a los delitos conocidos como contra el honor de las personas específicamente la modificación de los artículos 109, 110, 111, 113 y 117 y la derogación del artículo 112 del Código Penal de la Nación.



Ese proyecto también fue remitido a la Honorable Cámara de Diputados por la señora presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, y se enmarca en la obligación que pesa sobre el Estado argentino a partir del fallo Kimel, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del fallo Expósito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que impone al Estado argentino realizar en la legislación las reformas pertinentes vinculadas a los delitos contra el honor.

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, 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 señora presidenta anunció en reiteradas oportunidades y en diversos ámbitos, incluso ante la Asamblea de las Naciones Unidas, la presentación por parte del Ejecutivo del proyecto en tratamiento.

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.

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 delitos.

Con respecto al artículo 110, referido a las injurias, se reduce el máximo 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 hechos 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 de 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 un ningún caso configurarán delitos de calumnias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

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

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.

Los periodistas Verbitsky, Morales Solá, García Lupo y Magdalena Ruiz Guinazú, han luchado por los derechos humanos, fundamentalmente aquellos relativos a la libertad de prensa.

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

No solamente estamos sacando la pena de prisión en caso de injurias y calumnias 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 tribunal y de nuestra propia Corte, por ejemplo, en los casos Campillay, Abad, Grana, “Bruno *c/ La Nación*” y Patito.

En esos fallos se advirtió la utilización del potencial, al cita de la fuente y su información fidedigna cuando lo hace un medio periodístico. Se trata de no actuar con la 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, 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.

Por ello acompaño el dictamen de la comisión y el proyecto como viene de Diputados.

18

**Solicitada por la señora senadora Viudes.  
Regulación de participación de las asociaciones  
intermediarias  
(O.D.-576/09)**

Señor presidente:

Este proyecto postula la modificación al Código Procesal Penal de la Nación para permitir la participación de las asociaciones intermedias como parte querellante en los procesos por delitos de acción pública en los que

CONGRESO NACIONAL  
CAMARA DE SENADORES  
SESIONES ORDINARIAS DE 2009

ORDEN DEL DIA N° 578

Impreso el día 12 de noviembre de 2009

SUMARIO

COMISION DE JUSTICIA Y ASUNTOS PENALES

Dictamen en el proyecto de ley venido en revisión, en el de la señora senadora Escudero y otros (I) y en el del señor senador Cabanchik (II), por los que se modifica el Código Penal respecto del delito de calumnias e injurias sobre la libertad de expresión. SE ACONSEJA APROBAR EL PROYECTO VENIDO EN REVISIÓN. (CD- 63/09; S- 2750 y 4199/08).

DICTAMEN DE COMISION

Honorable Senado:

Vuestra comisión de Justicia y Asuntos Penales ha considerado el proyecto ley del señor. Senador Cabanchik (S-2750/08), modificando el Código Penal respecto del delito de calumnias e injurias sobre la libertad de expresión; el proyecto de ley de la señora Senadora Escudero y otros (S-4199/08), incorporando el Art. 110 bis al Código Penal, respecto de los delitos de calumnias e injurias contra un funcionario o una figura pública; y el proyecto de ley venido en revisión (CD-63/09), sustituyendo diversas normas contenidas en el Código Penal referidas a calumnias e injurias, a efectos de adecuarlas a los estándares internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión; y, por las razones que dará el miembro informante, os aconseja la aprobación del proyecto de ley venido en revisión de la Honorable Cámara de Diputados.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes del reglamento del H. Senado, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 11 de noviembre de 2009.

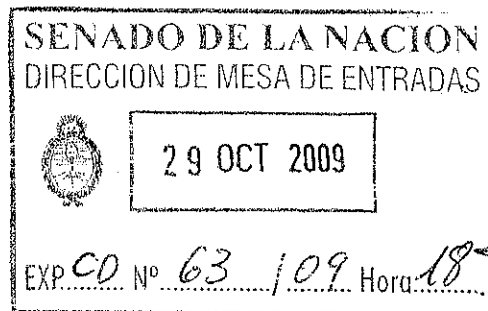
Rubén H. Marín – Carlos A. Rossi – Ramón E. Saadi – César A. Gioja – Adriana Bortolozzi de Bogado – Isabel J. Viudes – Rubén H. Giustiniani – Marcelo J. Fuentes – Ada Iturrez de Cappellini – Marina R. Riofrío.



*H. Cámara de Diputados de la Nación*

*Presidencia*

25-PE-09  
OD 2114



Buenos Aires, 28 OCT 2009

Señor Presidente del H. Senado.

Tengo el honor de dirigirme al señor Presidente, comunicándole que esta H. Cámara ha sancionado, en sesión de la fecha, el siguiente proyecto de ley que paso en revisión al H. Senado.

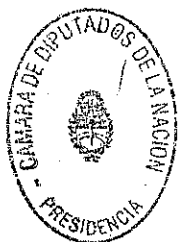
El Senado y Cámara de Diputados, etc.

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.

ARTÍCULO 2º.- 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



*[Handwritten signature]*



*H. Cámara de Diputados de la Nación*

25-PE-09  
OD 2114  
2/.



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

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 4º.- Derógase el artículo 112 del Código Penal de la Nación.

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

Artículo 113: El que publicare o reprodujere, 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.



*[Firma manuscrita]*



*H. Cámara de Diputados de la Nación*

25-PE-09

OD 2114

3/.



ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 7º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

Dios guarde al señor Presidente.



x  
x



(S-2750/08)

## PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados,...

Artículo 1. – Deróguese el artículo 110 del Código Penal.

Artículo 2. – Deróguese el artículo 111 del Código Penal.

Artículo 3. – Modifíquese el artículo 112 del Código Penal el cual quedará redactado como sigue: “El reo de calumnia que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del mínimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia”.

Artículo 4. – Deróguese el artículo 113 del Código Penal.

Artículo 5. – Modifíquese el artículo 114 del Código Penal el cual quedará redactado como sigue: “Cuando la calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y 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.”.

Artículo 6. – Deróguese el artículo 115 del Código Penal.

Artículo 7. – Deróguese el artículo 116 del Código Penal.

Artículo 8. – Modifíquese el artículo 117 del Código Penal el cual quedará redactado como sigue: “El culpable de calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo.”.

Artículo 9. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Samuel Cabanchik.-

## FUNDAMENTOS

Señor presidente:

- I. La tipificación penal argentina de los delitos de calumnias e injurias como violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Kimel”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en su sentencia en el caso “Kimel”<sup>1</sup>, estableció que la tipificación de los delitos de calumnias e injurias en la forma contemplada por nuestro Código Penal –arts. 109 y 110 respectivamente- constituyen una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).

En el caso en análisis se cuestiona el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias –incluida la acción civil accesoria-, al que se vio sometido Eduardo Kimel<sup>2</sup> por realizar una investigación expuesta en el libro “La masacre de San Patricio” (publicado en 1989) sobre el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina ocurrido en nuestro país el 4 de julio de 1976 durante la última dictadura militar.<sup>3</sup>

Iniciada la instancia de revisión internacional con una denuncia<sup>4</sup> contra nuestro país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), los representantes del Estado argentino concordaron con dicho organismo de control en que los tipos penales utilizados en el caso que observamos son “susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política”, razón por la cual “resultan incompatibles con el artículo 13 de la Convención”.<sup>5</sup>

Consiguientemente, el Estado se allanó a las pretensiones de las partes señalando que “[la] sanción penal al señor [...] Kimel constituyó

---

<sup>1</sup> Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Nr. 177.

<sup>2</sup> Eduardo Kimel es un historiador graduado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) que se ha desempeñado como periodista, escritor e investigador histórico.

<sup>3</sup> Cfr. Kimel, Eduardo, La masacre de San Patricio, Ediciones Lohlé-Lumen, que a la fecha lleva varias ediciones.

<sup>4</sup> La denuncia fue presentada el 6 de diciembre de 2000 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). El 24 de febrero de 2004 la Comisión IDH aprobó el Informe Nr. 5/04, mediante el cual declaró admisible la petición del señor Kimel. Posteriormente, el 26 de octubre de 2006, dicho órgano aprobó el Informe de fondo Nr. 111/06, en los términos del artículo 50 (CADH), el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Este informe fue notificado al Estado el 10 de noviembre de 2006. Tras considerar la información aportada por las partes con posterioridad a la adopción del informe de fondo, y ante “la falta de avances sustantivos en el efectivo cumplimiento de [sus recomendaciones]”, la misma Comisión IDH decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

<sup>5</sup> Véase Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Nr. 177, párrafo 38.

una violación a su derecho a la libertad de expresión” y que “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[l artículo 2 de la Convención]”. En audiencia pública, el Estado argentino “deplor[ó...] que el único condenado por la masacre de los palotinos haya sido justamente quien ha llevado a cabo una investigación periodística exhaustiva sobre tan terrible crimen y su tratamiento judicial”.<sup>6</sup>

Elevado el caso por la Comisión IDH ante la Corte IDH, la importancia y dimensión que la cuestión tratada tiene en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos quedó en evidencia en la actitud de la misma Corte la cual, a pesar de la confesión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado argentino, entendió 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. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de derechos humanos”.<sup>7</sup> En consecuencia, se decidió seguir adelante con el respectivo proceso.

La Corte IDH al analizar la legislación penal argentina en materia de calumnias e injurias lo hace fijando su norte en la vigencia de la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 (CADH). No desconoce la tutela que merece el derecho a la honra (art. 11, CADH) –ambos, afirma, deben ser garantizados-, sino que lleva adelante una “ponderación” entre los derechos en conflicto a través de lo que denomina un “juicio de proporcionalidad”.<sup>8</sup>

Se repite aquí la jurisprudencia constante de la Corte IDH respecto a que dada la importancia de la libertad de expresión para una sociedad democrática (véase parágrafo IV) y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, “el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el

---

<sup>6</sup> Idem, párrafo 39.

<sup>7</sup> Idem, párrafo 40.

<sup>8</sup> Idem, párrafo 51.

intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas”.<sup>9</sup>

Para abordar la ponderación planteada, en lo que aquí interesa, la Corte IDH hace un exhaustivo análisis de los tipos penales de calumnia e injuria en nuestra legislación penal a la luz del principio de legalidad expuesto en el artículo 9 (CADH, en el mismo sentido se manifiesta el artículo 18, CN). En este camino, la Comisión IDH ya había planteado la “ambigüedad, amplitud y apertura” de dichos tipos penales. Sumando a lo dicho que, su mera existencia, “disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”.

Por tanto, indicó que “[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precisarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.<sup>10</sup>

Si la restricción o limitación proviene del derecho penal, mantiene en la misma línea argumental la Corte IDH, “es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”.<sup>11</sup>

En una sentencia anterior, la misma Corte había entendido 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”.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Idem, párrafo 57. Sin resaltar en el original.

<sup>10</sup> Idem, párrafo 59. Sin resaltar en el original.

<sup>11</sup> Idem, párrafo 63. Sin resaltar en el original.

<sup>12</sup> Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nr. 52, párrafo 121. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, caso “Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 124; y caso “Lori Berenson”, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C Nr. 119, párrafo 125.

Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injurias, posteriormente fue absuelto por el Tribunal de alzada. Finalmente, la CSJN se apartó de la calificación originaria del delito y decidió que los hechos imputados a Kimel configuraban una calumnia. En razón de ello, y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado argentino acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte IDH consideró entonces que la tipificación penal observada contraviene los artículos 9 y 13.1 (CADH), en relación con los artículos 1.1 y 2 (CADH).<sup>13</sup>

II. Falta de proporcionalidad en la restricción: violación de la libertad de expresión (art. 13, incs. 1 y 2, CADH). Tutela del derecho de crítica a funcionarios públicos.

Pero además, en lo que interesa a estos fundamentos, la Corte IDH pasa a considerar si la restricción impuesta resulta “estrictamente proporcional” lo cual ocurre –en su opinión- cuando el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. Para la Corte IDH, siempre que se involucre a la libertad de expresión (art. 13, CADH), “la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>14</sup>

Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos, sentencia la Corte IDH, la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.<sup>15</sup>

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte IDH considera que “las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la

---

<sup>13</sup> Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Nr. 177, párrafo 67.

<sup>14</sup> Entre otros, Corte IDH, caso “Herrera Ulloa”, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafos 121 y 123; caso “Palamara Iribarne”, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C Nr. 135, párrafo 85; y caso “Claude Reyes y otros”, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C Nr. 151, párrafo 91.

<sup>15</sup> Cfr. Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Nr. 177, párrafo 84.



libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario”.<sup>16</sup>

Respecto al derecho a la honra, entiende la Corte IDH, “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático”.<sup>17</sup> En una sociedad democrática, “los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público”.<sup>18</sup> Este “diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”. Este umbral “no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza”<sup>19</sup>, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

Con todo, la Corte IDH reafirma: “El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Idem, párrafo 85.

<sup>17</sup> En este sentido Corte IDH, caso “Herrera Ulloa”, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 128, y caso “Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 98. Sin resaltar en el original.

<sup>18</sup> Corte IDH, caso “Herrera Ulloa”, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 129, y caso “Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 103.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Nr. 177, párrafos 87 y 88.

Para la jurisprudencia que seguimos, la crítica realizada por Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.<sup>21</sup> Así, Kimel “realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina”.<sup>22</sup>

Las opiniones vertidas por Kimel “no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”.<sup>23</sup>

La Corte IDH finiquita en que la afectación a la libertad de expresión de Kimel fue “manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso”.<sup>24</sup> Consiguientemente, entiende que el Estado argentino violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 (CADH), en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 (CADH), en perjuicio de Kimel.

III. La obligación de adaptar el derecho interno a las obligaciones internacionales consagradas en la CADH y, consiguientemente, el deber de adoptar todas las medidas necesarias para la vigencia de los derechos y libertades allí consagrados. El llamado Bloque de Constitucionalidad Federal.

En base a lo expuesto en los párrafos precedentes, la Corte IDH sentenció –entre otras cosas- que el Estado argentino “debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno” a la CADH, de tal forma que “las imprecisiones reconocidas por el propio Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Idem, párrafo 89.

<sup>22</sup> Idem, párrafo 92.

<sup>23</sup> Idem, párrafo 93.

<sup>24</sup> Idem, párrafo 94.

<sup>25</sup> Cfr. Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Nr. 177, punto resolutive 11. En este sentido el artículo 2 (CADH) afirma que: “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos

Lo dicho envuelve la modificación o supresión de los tipos penales que refieren a la calumnia y a la injuria (arts. 109 y 110, Código Penal) para cumplir con los requisitos que impone el principio de legalidad (art.9, CADH), y evitar que la aplicación de los mismos involucren restricciones indebidas a la libertad de expresión (art. 13, CADH).

Pero, fundamentalmente, cumplir la aludida resolución significa cumplir con el mandato constitucional de conformar toda la legislación legal a lo establecido, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos, por la CADH. Ello, como es sabido, en virtud de que la última reforma constitucional estableció la jerarquía constitucional de dichos instrumentos (cfr. art. 75, inc. 22, CN).

La nueva redacción constitucional modifica así radicalmente el sistema de fuentes del orden jurídico argentino, y consagra una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien, desde sus orígenes, nuestro ordenamiento permitía la incorporación de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, la citada reforma estableció en 1994 una jerarquía hasta entonces inédita en nuestro medio. A consecuencia de ello, la clásica pirámide kelseniana se transformó en una especie de trapecio al truncar, o bien achatar el triángulo superior. En la cúspide, el reinado de la constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a instrumentos internacionales que pasan a tener su misma jerarquía. Ello no significó, de ningún modo, sacrificar la noción de supremacía constitucional, pues, dichos instrumentos alcanzaron la máxima jerarquía normativa por una habilitación directa de la propia constitución.

En otras palabras, fueron las propias normas constitucionales las que invitaron a ciertas normas convencionales internacionales a compartir la cúpula del orden jurídico local, y no éstas últimas las que impusieron a las primeras la jerarquía constitucional. La constitución continúa siendo, en esta inteligencia, la norma fundante, esto es, la norma que configura todo el sistema como –por caso–, determina que jerarquía tienen normas no constitucionales como las normas convencionales internacionales. En esta particularidad radica su supremacía. Así, la constitución ha renunciado a ejercer en soledad la función de concordancia, ha renunciado a ser fuente única de la validez jurídica del resto de las normas que forman parte del sistema.<sup>26</sup>

---

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

<sup>26</sup> Véase PIZZOLO, Calogero, La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal, publicado en “La Ley”, tomo 2006-D, pág. 1023.

Para entender las dimensiones del cambio copernicano que lo dicho produce en el sistema de fuentes, se debe precisar que todo un conjunto de normas convencionales internacionales ingresan a formar parte de lo que la doctrina denomina fórmula primaria de validez.

Dicha fórmula, agrupa las normas con mayor jerarquía dentro del sistema, por ello hasta entonces solo formaban parte de ella las normas constitucionales. La función de este conjunto normativo es determinar tanto los criterios de concordancia material (o sea los contenidos normativos inferiores) como los criterios de concordancia formal (o sea la competencia para la sanción de normas inferiores). En este sentido se habla de normas básicas de referencia para identificar las normas que habitan en la fórmula primaria de validez.

Dentro de esta lógica, aparecen como válidas jurídicamente en el ordenamiento argentino sólo las normas que resultan concordantes, material y formalmente, con las apuntadas normas básicas de referencia. En consecuencia, cualquier norma jurídica –incluidas las de carácter penal que observamos- necesita estar en concordancia con las normas básicas de referencia –entre las cuales están las que integran la CADH- para ser tenida como válida jurídicamente o, lo que es lo mismo, como parte de nuestro ordenamiento.

Como se puede observar, la fórmula primaria de validez que aludimos presenta un carácter mixto, es decir está formada no sólo por normas constitucionales sino por normas foráneas: las citadas normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional, lo cual potencia su naturaleza heterogénea. Este conjunto normativo que opera como sistema de fuentes es reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal (en adelante BCF). El mismo, es definido por Bidart Campos como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.<sup>27</sup>

Volviendo a la tipificación de los delitos de calumnia e injuria en la legislación penal argentina, la Corte IDH ha entendido –como ya se observó- que la misma no es compatible ni con el principio de legalidad ni con la vigencia efectiva de la libertad de expresión, por constituir una restricción desproporcionada, exigiendo, en consecuencia, su adaptación a los niveles de protección establecidos en la CADH. No debe olvidarse aquí que dicha Corte es uno de los intérpretes –junto a la Comisión IDH- de la CADH. Esto es, ambos

---

<sup>27</sup> BIDART CAMPOS Germán, El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 265-267.

organismos internacionales de control, establecen el alcance y la medida del cumplimiento que debe asignársele a las obligaciones internacionales reconocidas por el Estado argentino en relación a la CADH. Por tanto, al ser las normas que integran dicha Convención de las llamadas normas básicas de referencia, ambos organismos internacionales definen –al mismo tiempo- una parte de los criterios de validez que se encuentran en el BCF.

Ahora bien, cuando se detecta un conflicto entre una norma básica de referencia y otra norma de inferior jerarquía como las normas penales que nos ocupan, es decir un conflicto extra BCF o fronteras afuera, dicho conflicto se resuelve siempre a favor de la norma de mayor jerarquía. Ello a causa de que están involucradas las normas que actúan como referentes jurídicos primarios.

Por lo tanto, la labor de organismos internacionales de control como la Corte IDH cobra gran relevancia en nuestro sistema ya que establecen muchos de aquellos referentes jurídicos. En consecuencia, sus opiniones, siempre que involucren normas convencionales internacionales bajo su competencia, son de cumplimiento inexcusable para los poderes públicos. En caso contrario, además de violarse el mandato constitucional (art. 75 inc. 22, CN), se estaría violando una obligación internacional generándose la consiguiente responsabilidad internacional del Estado argentino.

Este razonamiento ha sido abalado por la jurisprudencia de la CSJN en relación al BCF. Así, en el caso “Espósito” (2004), la CSJN despeja cualquier duda al sentenciar en relación a la Corte IDH que: “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.<sup>28</sup> Una postura en sentido opuesto a la sostenida para la CSJN, “resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”.<sup>29</sup> En el caso en cuestión, la CSJN mantiene su parecer aún cuando dice no compartir

---

<sup>28</sup> CSJN, caso “Espósito”, sentencia de 23 de diciembre de 2004, considerando 6.

En el caso en cuestión se trataba de dar cumplimiento a lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Bulacio” (sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C Nr. 100) donde se rechazó la prescripción de la acción penal alegada por el actor y confirmada por la instancia inferior.

<sup>29</sup> Idem, considerando 10. Sin resaltar en el original.



el criterio restrictivo del derecho de defensa asumido por la Corte IDH.<sup>30</sup>

En el caso “Simón” (2005), retoma la línea jurisprudencial de los precedentes “Gioldi” (1995) y “Bramajo” (1996), pero sin la ambigüedad de sus términos: “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>31</sup>

Se imponía que la CSJN luego de las dudas manifestadas en el caso “Acosta” (1998) respecto a la fuerza vinculante de los informes de la Comisión IDH se expidiera sobre esta cuestión. No podía, por una parte, invocarse continuamente derechos y obligaciones reconocidos en los instrumentos intencionales con jerarquía constitucional y, a la vez, sembrar dudas sobre la obligatoriedad de las decisiones de los órganos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Se preguntan Bidart Campos y Albanese, para qué aceptar la intervención de un organismo supraestatal si luego lo que señala, recomienda o resuelve ese organismo no va a cumplirse o, en el mejor de los casos, se cumplirá como le parezca al país, erigido en algo así como “intérprete” de lo que la Comisión IDH ha dicho.<sup>32</sup>

En el caso “Casal” (2005) la CSJN asume plenamente la línea jurisprudencial del caso “Simón” (2005) afirmando que, en materia de la garantía de doble instancia prevista en los artículos 8.2.h (CADH) y 14.5 (PIDCP), debe seguirse el criterio compatible “con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.<sup>33</sup> No podría sentenciarse en este sentido sino se considerase, a la jurisprudencia emanada de los organismos internacionales de control, vinculante a la hora de interpretar el alcance de las obligaciones internacionales.

---

<sup>30</sup> Idem, considerando 12.

<sup>31</sup> CSJN, caso “Simón”, sentencia de 17 de junio de 2005, considerando 17. Sin resaltar en el original. Véase en relación a este precedente PIZZOLO Calogero, Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso “Simón”, publicado en “La Ley”, tomo 2005-D, pág. 510.

<sup>32</sup> BIDART CAMPOS Germán y ALBANESE Susana, El valor de las recomendaciones de la comisión interamericana de derechos humanos, publicado en “Jurisprudencia Argentina”, tomo 1999-II, pág. 347.

<sup>33</sup> CSJN, caso “Casal”, sentencia de 20 de septiembre de 2005, considerando 34. En el mismo sentido, caso “Martínez Areco”, sentencia de 25 de octubre de 2005, considerando 35.

La misma línea fue ratificada en el caso “M.D.E y otro” (2005) donde se estableció los alcances que debe asignársele a la “justicia penal de menores” siguiendo, no sólo el mandato de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional sobre la materia, sino la jurisprudencia de sus organismos internacionales de control. Así, se sigue la interpretación del Comité de los Derechos del Niño (en su análisis del sistema juvenil argentino con referencia a la CDN)<sup>34</sup>, del Comité de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 14 (PIDCP), y de la Corte IDH<sup>35</sup>. Es más, se afirma claramente que el citado Comité de los Derechos del Niño es el “intérprete” de la CDN.<sup>36</sup>

IV. Los principios de “intervención mínima del derecho penal” y de “legalidad”: derogación del delito de injuria.

Hace ya algunos siglos que el filósofo holandés Baruch Espinosa (1632-1677) sostuvo que cuantos mas esfuerzos se realizan para contener la libertad de hablar, más los hombres se obstinan y resisten, por lo tanto, las leyes contra la opinión las consideró inservibles:

“¿Qué hay más funesto para un Estado que desterrar como a malvados a ciudadanos honrados, porque no participan de la opinión de la generalidad y no saben mentir? ¿Qué hay más fatal que tratar como a enemigos y sentenciar a muerte a hombres que no han cometido otro crimen que el de pensar con independencia? ¡Ved, pues, el tablado (la horca), terror de los criminales, que viene a ser el glorioso teatro en que la tolerancia y la virtud brillan en todo su esplendor y cubren públicamente de oprobio a la majestad soberana! (...) Seguramente este espectáculo no puede enseñar más que a una cosa: a imitar a los mártires, o si se teme a la muerte, a convertirse en cobarde adulator del poder”.<sup>37</sup>

Enseña la doctrina penal<sup>38</sup> que son tipos las fórmulas que emplea la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones amenaza con pena. Para el poder punitivo es la formalización de la criminalización primaria que habilita su ejercicio en leyes con función punitiva manifiesta.

---

<sup>34</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales (Argentina), de 9 de octubre de 2002.

<sup>35</sup> Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, Nr. 17, párrafo 54.

<sup>36</sup> CSJN, caso “M.D.E y otro”, sentencia de 7 de diciembre de 2005, considerando 33.

<sup>37</sup> ESPINOSA Baruch, *Ética. Tratado Teológico-Político*, Editorial Porrúa, México, 1990, Nr. 319, pág. 399. Sin resaltar en el original.

<sup>38</sup> ZAFFARONI Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 432.

Ahora bien, aunque parezca curioso –se resalta-, el tipo es una fórmula textual de selección de acciones, pero el poder punitivo la usa para seleccionar a personas en razón de sus características, al menos en la mayoría de los casos y en razón de la estructura del sistema penal.

El fenómeno de selección textual de acciones para una selección real punitiva de personas vulnerables es de posible reducción pero de imposible supresión. Por ende, cuanto mayor sea el número de tipos penales de una legislación –y especialmente cuanto mayor sea el de selección de conductas de mediano y leve contenido antijurídico- mayor será el ámbito poblacional sobre el que pesa el riesgo de criminalización secundaria, o sea, de arbitrio selectivo personal; y mayor será también el arbitrio del que dispongan las agencias para el ejercicio de su poder de vigilancia sobre la totalidad de la población.

Por consiguiente, el principio regulativo del estado de derecho se realiza en proporción inversa al ámbito de las tipicidades. De allí se deduce que el derecho penal –como instrumento de realización del estado de derecho- debe proveer un sistema interpretativo limitador del ámbito de acciones típicas: cuanto más idónea sea una doctrina penal para reducir interpretativamente los tipos penales, menor será el poder punitivo de selección personal que se habilite en una sociedad.

Se trata de una tarea de reducción de la selección de acciones, necesaria para la reducción de la selección criminalizante por características personales (vulnerabilidad).<sup>39</sup>

El tipo penal de injurias reprime al que deshonrar o desacreditar a otro. Toda expresión que ofende al honor de otro es una injuria y la ley está redactada, al igual que en otros delitos, empleando términos que sólo dan certeza sobre el resultado sin describir la modalidad para alcanzarlo. Los verbos típicos deshonrar y desacreditar pueden ser realizados de infinidad de modos y medios y, por ello, la redacción es cuestionada desde el punto de vista del principio constitucional de legalidad que exige certeza en la descripción de las conductas punibles. En el fondo, se concluye, estas críticas se apoyan en que dicho resultado “constituye una abstracción de difícil comprobación objetiva”.<sup>40</sup>

El bien jurídico honor es algo inmaterial y valorativo, sujeto a los cambios sociales, y la lesión recae sobre un valor y los reflejos objetivo

---

<sup>39</sup> Idem, págs. 432-433.

<sup>40</sup> Cfr. DE LUCA Javier Augusto, Libertad de prensa y delitos contra el honor, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 114.

y subjetivo que de él emanan, de modo que el trabajo de los juristas ha sido inmenso en aras de definir sus contornos y características.

Desde antiguo se ha observado que la esencia del delito no puede ser aprehendida con un método similar al de otras figuras que tienen un contenido u objeto material. La injuria, para esta doctrina, “es un delito de expresión y, como tal, requiere de la interpretación del sentido de las manifestaciones del individuo que las profiere”. La existencia de este sentido debe ser averiguada en cada caso concreto mediante la interpretación. Toda manifestación, para ser considerada por el tipo de injuria, debe producir sensaciones, percibida por los sentidos y comprendida intelectualmente. Al requerir esa comprensión, la injuria no se agota en la acción manifestadora sino que es un “delito de resultado”.<sup>41</sup>

La doctrina penal destaca desde siempre el carácter complejo de la injuria y su tipificación como delito. En 1954 ya se señalaba que el Código Penal argentino “no da en verdad definición alguna” sobre el delito de injuria. Es más, se decía que con respecto a la injuria y la difamación “los conceptos no siempre aparecen claros y la distinción entre ambos delitos deja no pocas veces mucho que desear”.<sup>42</sup>

El inconveniente mayor radica en la imposibilidad fáctica de poder definir el tipo conforme a la precisión y certeza que exige el principio de legalidad en materia penal. Ello en razón que tratamos con un valor social como el honor que continuamente se está reformulando, aún en los sistemas morales más rígidos.

Lo dicho se manifiesta con toda nitidez cuando se analiza el arduo debate que despierta la injuria en torno a si se trata de un “delito de peligro” o de un “delito de lesión”. Este problema, viene de la mano de la naturaleza inmaterial del bien jurídico a causa del cual no es posible establecer cuando se verifica un daño efectivo o uno meramente potencial. De ahí, se afirma, se confunden las categorías y se argumenta que se trata de un delito de pura actividad, que se agota en la acción manifestadora. Además, se parte de la base de que el delito no exige una real ofensa al honor o a la reputación, y que lo determinante es la “aptitud o idoneidad de la conducta ofensiva”. Estas consideraciones, se concluye, tienen su origen en aspectos probatorios, en la imposibilidad de verificar ese daño debido a la intangibilidad del bien jurídico.

Determinar si ha disminuido realmente la reputación de una persona como consecuencia de la manifestación enjuiciada, se argumenta, es

---

<sup>41</sup> Idem, págs. 115-116.

<sup>42</sup> Véase la voz “Injuria” en Diccionario jurídico Omega, Buenos Aires, 1954.

prácticamente imposible. En consecuencia, entender la figura como de peligro eliminó todo esos problemas. Por ello otra parte de la doctrina entiende que la injuria es un delito de daño, descripto claramente en la figura delictiva, aun cuando no se trate de un evento naturalístico. El resultado aquí no se verifica desde un punto de vista pragmático sino desde abstracciones. El honor es un bien inmaterial en el que no es posible identificar un objeto material sobre el que recae la acción y, por ello, toda ofensa contra el honor, idónea y recibida, y comprendida, por sus destinatarios (el ofendido y los terceros) constituye en esta postura una lesión del bien del sujeto pasivo. El resultado de la acción no se mide exclusivamente por la interpretación del destinatario ni exige la producción de un resultado psíquico determinado, como ocurre en otros delitos de expresión. Una estafa requiere que la manifestación del autor produzca una resolución desde destinatario, de disponer del patrimonio; una amenaza genera temor; pero en la injuria no es necesario tal cosa ni la generación de un determinado sentimiento en aludido o los terceros.

De lo contrario, se apunta, el destinatario podría interpretar erróneamente una manifestación y descubrir una injuria que por su sentido objetivo no lo es. Una persona puede ser desacreditada ante terceros en el sentido del artículo 110 (Código Penal) y, sin embargo, éstos no cambiar de opinión sobre la fama del aludido. El destinatario de una expresión deshonrosa puede comprender perfectamente su sentido pero ello, se concluye, es totalmente independiente del dolor o indiferencia que tal manifestación pueda causarle. Como se trata de un delito de resultado, la injuria se consuma cuando llega al conocimiento de un tercero que la percibe y la comprende intelectualmente. Ese tercero puede ser el aludido u otro.

En la sentencia del caso “Kimel”, la Corte IDH se refiere al Derecho Penal sosteniendo que éste “es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”.<sup>43</sup>

Concluyendo en que: “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>

---

<sup>43</sup> Una afirmación similar ya había sido hecha en Corte IDH, caso “Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 104, y caso “Palamara Iribarne”, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C Nr. 135, párrafo 79.

<sup>44</sup> Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Nr. 177, párrafo 76. Sin resaltar en el original.



Tomando en cuenta las consideraciones formuladas sobre la protección debida a la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal –afirma la Corte IDH- “debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana”.<sup>45</sup>

Ello no significa que la Corte IDH estime contraria a la CADH cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones<sup>46</sup>, “pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”. En este orden de consideraciones, la Corte IDH observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, “sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático”.<sup>47</sup>

En lo que hace al caso “Kimel”, en palabras de la Corte IDH, “es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo –como lo ha reconocido el propio Estado- tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción –privación de libertad- aplicada al periodista”.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Idem, párrafo 77. Sin resaltar en el original.

<sup>46</sup> Este sentido lo resalta el voto concurrente razonado en el caso “Kimel” del juez Diego García-Sayán para quién “la Corte ha dejado establecido que el medio penal, per se, no restringe la libertad de expresión. La necesidad y proporcionalidad de la vía penal tendrá que corresponder a la magnitud del daño inferido y no a una consideración abstracta que la proscriba por razones que no se derivan de la Convención” (párrafo 26 del voto citado).

En igual sentido, se manifiesta el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez al comentar que en la sentencia del caso “Kimel” la Corte IDH “ha buscado ceñir el espacio de la solución punitiva, a través de ciertas precisiones que minimizan, pero no suprimen, el desempeño de la opción penal” (párrafo 25 del voto citado).

<sup>47</sup> Idem, párrafo 78. Sin resaltar en el original.

<sup>48</sup> Idem, párrafo 80.

La tipificación penal de una conducta debe ser “clara y precisa” sentencia la Corte IDH, lo cual no parece posible tratándose del delito de injurias cuando se pondera, por ejemplo, con el alcance que se le otorga a la libertad de expresión (art. 13, CADH). Esta situación de indefinición objetiva del tipo penal potencia el ámbito discrecional para expandir el poder punitivo del Estado.

En el caso “Kimel”, como se recordará, el actor fue denunciado por calumnias pero condenado en primera instancia por injurias. La sentencia revocatoria lo absuelve al rechazar la calificación penal impuesta, y la CSJN confirma que se trató de una calumnia. De no haber existido la injuria como delito, es decir estando derogada –tal cual se propone en el presente proyecto-, la libertad de expresión de Kimel nunca habría recibido una restricción indebida como la constatada por la Corte IDH.

Por lo tanto, consideramos que una vez derogado el delito de injurias (art. 110, Código Penal), y teniendo presente que en el caso “Kimel” no se descarta –como vimos- la opción penal en la materia que tratamos, se reduce notoriamente el ámbito de discrecionalidad denunciado por la Corte IDH reduciéndose, a la vez, la aludida posibilidad de abuso del poder punitivo.

V. El carácter “preferido” de la libertad de expresión en una sociedad democrática: derogación del artículo 113 (Código Penal).

Nuestro Código Penal en su artículo 113 dispone: “El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate”. Publicar es hacer conocer la especie por cualquier medio. Reproducir es repetirla, llevándola a conocimiento de una o más personas que no conocieron la expresión original.

Esta norma penal ha originado interpretaciones tan diversas como opuestas. Se ha sostenido que este artículo prevé una disposición subsidiaria de los delitos previstos en los artículos 109 y 110 del Código Penal; que establece un caso de solidaridad entre el autor y el publicador o reproductor; que es una repetición innecesaria de sus disposiciones; que opera cuando no es posible responsabilizar al autor (responsabilidad “en cascada”); que se trata de un delito previsto para quienes tienen cierta posición de garante frente a los actos de otros (como puede ser el “editor responsable” de un periódico frente a un periodista autor de la nota que se está por publicar) y que por tal razón admite perfectamente situaciones en que se produce el daño al honor por omisión de controlar la publicación. En respuesta a esta última tesis, se ha dicho que habría que definir si cualquier autor de un daño a un bien jurídico puede ser llamado “garante” (de ese bien jurídico) cuando la ley penal no lo prevé expresamente.

Para Terragni<sup>49</sup>, buscar un editor responsable como último recurso represivo cuando no se puede identificar al autor de la ofensa, es atentatorio de los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad. Sostiene este autor que cuando la legislación así procede, revela un propósito persecutorio centrado en la prensa, “de la que desconfía y a la que teme”. La búsqueda a ultranza de alguien a quien castigar no es un recurso jurídico sino la expresión del empleo abusivo de la fuerza que da el poder no sometido a límites.

Zaffaroni releva buena parte de la legislación comparada en la que aparece la llamada responsabilidad “en cascada” por hechos penales cometidos por medio de la prensa. Una fórmula de esta naturaleza, mantiene el actual ministro de la CSJN, no hace más que mostrar un origen administrativista y civilista, que no puede admitirse en el ámbito penal. Las reglas de participación, continua, no pueden ser alteradas en el campo de los delitos de prensa como tampoco excluirse el principio de culpabilidad pues, de lo contrario, se elaboraría un “derecho penal propio y diferenciado”. Consiguientemente, se sostiene aquí la corrección de la tendencia limitadora de la relevancia típica de la participación pues de lo contrario “no se podría ejercer la actividad periodística, sumida en permanentes temores a sanciones penales y denuncias”. Zaffaroni deja en evidencia los defectos de la fórmula “en cascada” la cual daría la sensación que se introduce en el derecho penal la simple teoría del riesgo empresarial del derecho privado que convertiría en delito cualquier resultado de un riesgo creado, lo que en el campo penal significaría, por un lado, un absurdo renacimiento de la responsabilidad objetiva y, por el otro, una inconcebible extensión de la tipicidad.<sup>50</sup>

Un sector dominante de la doctrina afirma que el citado artículo 113 (Código Penal) prevé un delito autónomo.<sup>51</sup> Por lo tanto, no se trata de una disposición subsidiaria de los delitos previstos en los artículos 109 y 110 (Código Penal), ni establece un caso de solidaridad entre el autor y el publicador o reproductor, ni contempla un supuesto de responsabilidad “en cascada” (que operase cuando no fuera posible responsabilizar al autor). Tampoco, para esta tesis mayoritaria, instituye la figura de “editor responsable” o una posición de garantía del honor ajeno frente a las expresiones de otros. Es un tipo activo y no omisivo, se afirma aquí. Es doloso. No admite formas culposas

---

<sup>49</sup> TERRAGNI Marco A., “Libertad de prensa y derecho penal”, en Colección Jurídica y Social, Nr. 5, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993, págs. 57 y ss.

<sup>50</sup> ZAFFARONI Eugenio R., “Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina”, en Justicia penal y libertad de prensa, tomo II, Ilanud, San José de Costa Rica, 1993, págs. 19-21.

<sup>51</sup> En este sentido véase CATUCCI Silvina G., Libertad de prensa. Calumnias e injurias. Aspecto constitucional, penal y procesal, Ediar, Buenos Aires, 2004, Capítulo II.

como la violación de los deberes de control o de vigilancia de la actividad de dependientes.<sup>52</sup>

De acuerdo al impacto directo que el citado artículo 113 (Código Penal) tiene sobre la vigencia efectiva de la libertad de expresión, es que destacada doctrina nacional –antes del caso “Kimel” de la Corte IDH- viene alertando sobre las dificultades de mantener dicho tipo penal una vez contrastado con normas constitucionales del tenor de los artículos 14 (prohibición de censura previa) y 32 (delitos cometidos por la prensa), así como el ya nombrado artículo 13 (CADH) desde 1994 –según vimos- norma básica de referencia para nuestro orden jurídico. En el centro de estas posturas se ubican a los asuntos de interés público y, sobre todo, la tutela del derecho a la crítica de funcionarios y personas públicas.

De Luca<sup>53</sup>, por ejemplo, sostiene que la inteligencia constitucional de los artículos 14 y 32 (CN) y del artículo 13 (CADH) impiden responsabilizar criminalmente al editor –o a cualquier persona con funciones similares- que se limita a publicar una nota, carta de lectores, fotografía, etc., o a reproducir por cualquier medio, como lo será emitir una filmación o por televisión o radio expresiones vertidas por otro, que contienen calumnias o injurias, cuando éstas revisten interés público. La libertad de prensa actúa en estos casos como causa de justificación (cfr. art. 34, inc. 4, Código Penal).

En el mismo rumbo se expresan Bianchi y Gullco<sup>54</sup> quienes alegan, en relación a afirmaciones que se efectúan en temas de interés público y que, generalmente, afectan a funcionarios o personalidades públicas: “Si se admite que, en este ámbito, lo prioritario es garantizar el debate esclarecedor, aun al precio de tolerar algunas falsedades, «es incomprensible que el adecuado ejercicio de un derecho fundamental pueda revestir carácter típico» y, en consecuencia, «el ejercicio del Derecho constitucional a la libertad de expresión debe tener su traducción jurídico penal en el ámbito mismo de la tipicidad». Esto significa que, en materia de injurias –en el área de «temas de interés público que involucran a personas públicas»- la falsedad sería un elemento objetivo del tipo penal. En consecuencia, una afirmación verdadera (en este sector) nunca podría constituir el tipo objetivo del delito de injurias. Por tal razón, si la afirmación fuera falsa pero su autor creyera que era verdadera, debería concluirse en que no existe tipicidad subjetiva en razón de que el dolo no recayó sobre la falsedad, que sería uno de los elementos del tipo objetivo”.

---

<sup>52</sup> Véase DE LUCA Javier Augusto, op, cit., págs. 642-643.

<sup>53</sup> DE LUCA Javier Augusto, op, cit., pág. 643.

<sup>54</sup> BIANCHI Enrique Tomás y GULLCO Hernán, El delito de injurias y la Constitución Nacional, publicado en “La Ley”, tomo 1995-C, pág. 1071.

Ambos autores concluyen en que, aun cuando no se aceptara la postura expuesta en el sentido de que la falsedad de una afirmación – en temas de interés público que involucran a personas públicas– integra el elemento objetivo del tipo del artículo 110 (Código Penal), es posible llegar, a través de una posición dogmática alternativa a soluciones que igualmente respeten –en este tema– “las exigencias constitucionales en materia de libertad de expresión”. Para ello, señalan el plano de las causas de justificación. Dichas “causas” son disposiciones permisivas que autorizan la realización típica. Por lo tanto excluyen no la tipicidad de la conducta, sino exclusivamente su antijuricidad: “Parece no existir dificultad alguna en considerar que el ejercicio de la libertad de expresión, tutelada en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, constituye el ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4, Código Penal) que convierte en justificada una conducta típica. En efecto, si se parte de dicha norma es «el enunciado genérico que remite para su solución a cualquier parte del ordenamiento jurídico, donde se halle el respectivo precepto permisivo» resulta obvio que dichas normas permisivas son –en este caso– los mencionados artículos de la Constitución Nacional”.<sup>55</sup>

Para Albanese toda vez que un particular se embarque en una conducta que signifique criticar a un funcionario público por actos u omisiones propios de su función, tales expresiones gozan –por su naturaleza misma– de una especie de “halo de protección” de rango constitucional: “La Constitución quiere que la ciudadanía haga uso de su derecho de crítica, y que lo haga sin el temor de que las expresiones que se utilicen puedan luego ser consideradas como constitutivas de injurias, calumnias o desacato. Y para que ese deseo del constituyente no se frustre, es necesario que los criterios Judiciales que se empleen para decidir si ha existido o no injuria, calumnia o desacato, sean realmente estrictos. Con otras palabras, que los particulares no refrenen sus críticas a lo que consideran una mala gestión de gobierno, simplemente por temor a que el Poder Judicial – órgano del mismo Estado al que pertenece el funcionario criticado– vaya a decidir que el lenguaje utilizado ha sido infamante, deshonroso, desacreditante, etc.”.<sup>56</sup>

Gelli alerta sobre la implicancia, en casos de notorio interés público, del mismísimo “proceso democrático”.<sup>57</sup> Quizá como pocas, afirma esta autora, la libertad de expresión muestra la íntima relación que el

---

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> ALBANESE Susana, Injurias, desacatos y solicitadas: significado central de la libertad de expresión, publicado en “La Ley”, tomo 1989-E, pág. 132. Sin resaltar en el original.

<sup>57</sup> El caso que origina el comentario es sobre la “censura judicial” dispuesta sobre un popular ciclo televisivo.



sistema político anuda con los derechos personales. Facultad humana a la vez que instrumento de control de poder, la libertad de expresión mediante, por caso, el humor político posee una fuerza crítica singular. En el esplendor de la libertad, “contribuye a radiografiar eficazmente la realidad y limitar el poder. La contundencia de la imagen, del gesto, del contraste de las situaciones equivalen, con economía de recursos, a varios discursos críticos. Y ello es esencial para la revitalización de la República democrática. Es el precio que deben pagar los funcionarios públicos, mayor cuanto más alto se encuentren en la responsabilidad gubernativa. El derecho a la crítica –académica o humorística-, es funcional al sistema porque permite formarse opinión, evaluar, sopesar las acciones y omisiones y obrar en consecuencia”.<sup>58</sup>

Badeni presenta la libertad de prensa –entendida como sinónimo del ejercicio de la libertad de expresión a través de cualquier medio técnico de comunicación social pública- “como una libertad estratégica de la cual depende la vigencia efectiva de las restantes libertades civiles y políticas”. En este marco, “la libertad de prensa recibe un tratamiento jurídico preferencial, no para satisfacer una necesidad individual de quien la ejerce, sino para preservar el sistema político que permite la manifestación armónica de las libertades individuales.

El ejercicio de la libertad de prensa, en su dimensión institucional o estratégica no es absoluto. Pero está impregnado de un valor jerárquico superior al asignado a los restantes derechos individuales o sociales, ejercidos en una dimensión no institucional, que puedan ser perturbados con motivo de su ejercicio, pues se relaciona con la tipificación que merece un sistema político democrático”.<sup>59</sup>

Este último autor señala que “la aplicación mecanicista e indiscriminada de las leyes que traen aparejadas sanciones, civiles o penales, para quienes expresan su pensamiento, destruye la libertad, fomenta la autocensura y proyecta un cono de sombra sobre la sociedad sumiéndola en la ignorancia al cercenar su legítimo derecho a la información”. Para finalizar indicando que “una de las mayores aberraciones que se pueden perpetrar contra la condición humana, consiste en sancionar penalmente las ideas o hechos expuestos por las personas, tanto bajo la forma de la calumnia como de la injuria”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> GELLI María Angélica, Libertad de expresión, derecho al honor y proceso democrático, publicado en “La Ley”, tomo 1992-C, pág. 1068. Sin resaltar en el original.

<sup>59</sup> BADENI Gregorio, La despenalización de la injuria, publicado en “La Ley”, tomo 2005-F, pág. 862.

<sup>60</sup> Idem. Sin resaltar en el original.

En otros escritos, Badeni vuelve sobre su argumentación al afirmar que el papel que desempeña la prensa en un sistema político democrático, y la circunstancia de que la promoción de acciones penales, o civiles resarcitorias, “constituyen procedimientos efectivos para silenciar las críticas o privar de información a la comunidad, impone la necesidad de actuar con suma cautela en la materia aplicando criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre aquella función de la prensa y los derechos individuales vulnerados con una publicación”.<sup>61</sup>

La Corte IDH, por su parte, viene desarrollando desde sus primeras opiniones consultivas una doctrina constante a favor de la libertad de expresión (art. 13, CADH) como libertad imprescindible y causa necesaria para la existencia de una sociedad democrática. En este rumbo identifica dos dimensiones de dicha libertad: la individual y la social.

En su dimensión individual, “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas «por cualquier (...) procedimiento», está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella”.<sup>62</sup>

En su dimensión social “la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias.

---

<sup>61</sup> BADENI Gregorio, Tratado de la libertad de prensa, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, pág. 502.

<sup>62</sup> Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A Nr. 5 (1985), La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH), párrafo 31. Sin resaltar en el original.

En el mismo sentido, Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo”, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nr. 73, párrafo 65; caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C Nr. 74, párrafo 147; caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 109; y caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 78.

Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.<sup>63</sup>

Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión “deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”.<sup>64</sup>

Consiguientemente, “si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”.<sup>65</sup>

Para la Corte IDH, “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.<sup>66</sup> Y

---

<sup>63</sup> Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A Nr. 5 (1985), La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH), párrafo 32. Sin resaltar en el original.

En el mismo sentido, Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo”, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nr. 73, párrafo 66; caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C Nr. 74, párrafo 148; caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 110; y caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 79.

<sup>64</sup> Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A Nr. 5 (1985), La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH), párrafo 33.

<sup>65</sup> Idem, párrafo 34.

<sup>66</sup> Corte IDH, caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C Nr. 74, párrafo 151. Sin resaltar en el original.

siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos agrega: “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”.<sup>67</sup>

La libertad de expresión es presentada por la Corte IDH “como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”.<sup>68</sup> Resaltando la relación entre la libertad de expresión y vigencia de la democracia sentencia que “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>69</sup>

En suma, para la Corte IDH existe “una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Corte IDH, caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C Nr. 74, párrafo 152. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 83.

<sup>68</sup> Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo”, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nr. 73, párrafo 68.

<sup>69</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 112. Sin resaltar el original; y caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 82.

<sup>70</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 116. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 86.

El carácter central reconocido por la Corte IDH a la libertad de expresión se manifiesta de igual modo en el carácter absoluto asignado a la prohibición de censura previa (cfr, art. 13, inc. 2, CADH).

En el sentido anterior, el nombrado Tribunal ha sentenciado que fuera del inciso 4 del artículo 13 (CADH): “En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”.<sup>71</sup> Esto es, “toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”.<sup>72</sup> El abuso de la libertad de expresión “no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines”.<sup>73</sup>

El citado artículo 13, inciso 2, (CADH) señala pues “dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”.<sup>74</sup> Pero aún así, “la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa”.<sup>75</sup> En palabras de la Corte IDH, “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.<sup>76</sup>

Por último, en lo que aquí interesa, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de libertad de expresión converge en la necesaria existencia de ésta para disfrutar de los beneficios de un debate público

---

<sup>71</sup> Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo”, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nr. 73, párrafo 70.

<sup>72</sup> Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A Nr. 5 (1985), La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH), párrafo 38.

<sup>73</sup> Idem, párrafo 39.

<sup>74</sup> Idem, párrafo 37.

<sup>75</sup> Idem, párrafo 40. Sin resaltar en el original.

<sup>76</sup> Idem, párrafo 50. Sin resaltar en el original.



de ideas indispensable también para la vigencia de una sociedad democrática.

La idea de que el debate público genera importantes beneficios ha sido suficientemente explorada por distintos filósofos en diversas épocas. Karl Popper resaltó, en este sentido, que la “crítica y la discusión crítica son los únicos medios de que disponemos para acercarnos más a la verdad. De esta manera, nos lleva a abrazar la tradición de las conjeturas atrevidas y de la crítica libre, la tradición que creó la actitud racional o científica y, con ella, nuestra civilización occidental, la única civilización basada en la ciencia (aunque, por supuesto, no únicamente en la ciencia)”.<sup>77</sup> Antes que Popper, John Stuart Mill defendió: “¿Por qué se llega a tener verdadera confianza en el juicio de una persona?, porque ha tenido abierto su espíritu a la crítica de sus opiniones y de su conducta; porque su costumbre ha sido oír todo cuanto se haya podido decir contra él, aprovechando todo lo que era justo, y explicándose a sí mismo, y cuando había ocasión a los demás, la falsedad de aquello que era falso; porque se ha percatado de que la única manera que tiene el hombre de acercarse al total conocimiento de un objeto es oyendo lo que pueda ser dicho de él por personas de todas las opiniones, y estudiando todos los modos de que puede ser considerado por los diferentes caracteres de espíritu”.<sup>78</sup>

Al analizar el procedimiento y sanción penal impuesta a un periodista y la sanción civil impuesta a éste último y al representante legal del medio de comunicación social como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas de un funcionario público que ejercía funciones diplomáticas, la Corte IDH aseveró: “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”.<sup>79</sup>

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, según la Corte IDH,

---

<sup>77</sup> POPPER Karl, “Los comienzos del racionalismo” (1958), en Popper. Escritos Selectos, Fondo de Cultura Económica, 1995, México, pág. 29. Sin resaltar en el original.

<sup>78</sup> MILL John Stuart, Sobre la libertad, Buenos Aires, 1993, Alianza Editorial, pág. 82.

<sup>79</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 127. sin resaltar en el original. En el mismo sentido, caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 97.

en los términos del artículo 13, inciso 2 (CADH), “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”.<sup>80</sup>

Este mismo criterio se aplica “respecto de las opiniones o declaraciones de interés público que se viertan en relación con una persona que se postula como candidato a la Presidencia de la República, la cual se somete voluntariamente al escrutinio público, así como respecto de asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes”.<sup>81</sup>

En un caso donde se exigía que el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; la Corte IDH resolvió que dicha exigencia entrañaba una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13 inciso 2 (CADH): “El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”.<sup>82</sup>

## VI. Conclusiones finales.

El caso “Kime!” de la Corte IDH establece, como vimos, la obligación – tanto internacional como constitucional- del Estado argentino de reformular, en un plazo razonable, la legislación penal en materia de calumnias e injurias. La argumentación desarrollada en los párrafos precedentes, tanto por la jurisprudencia internacional como por la doctrina nacional, nos lleva a promover la derogación del delito de injurias (art. 109, Código Penal) y demás normas complementarias. En especial los artículos 111 y 113 (Código Penal).

---

<sup>80</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 128. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 98.

<sup>81</sup> Corte IDH, caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nr. 111, párrafo 98.

<sup>82</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafos 131 y 133. Sin resaltar en el original.

Respecto al citado artículo 111, calificada doctrina viene exigiendo su derogación con el argumento de que “la verdad jamás puede ser sustento de una figura delictiva, al menos en una sociedad dotada de una conformación cultural en la cual no tiene espacio ni aceptación la hipocresía. De modo que sería razonable la derogación (...) permitiendo la prueba de la verdad en todos los casos. Esa razonabilidad se acrecienta cuando, con respecto a los medios de prensa, una de las exigencias que con mayor insistencia proclaman sus críticos reside en el deber de informar conforme a la verdad”.<sup>83</sup> Al ser derogada la injuria como delito el citado artículo 111 carece de fundamentos.

En cuanto al también citado artículo 113, no cabe duda que una aplicación literal y estricta de la norma penal significaría, lisa y llanamente, la desaparición de la libertad de expresión. En efecto, si la mera reproducción de una calumnia o injuria conlleva la sanción penal, la labor periodística estaría frente al inadmisibles umbral de la censura.

Por lo tanto, de los llamados delitos contra el honor solo se mantiene la vigencia de la calumnia (art. 109, Código Penal) que, en tanto delito específico, hace referencia a la “falsa imputación de un delito”. Al exigir la imputación de un delito, la calumnia “sólo puede versar en la atribución de un hecho concreto y a una persona determinada, porque los delitos versan sobre hechos y no formas de ser o meros pensamientos de las personas”.<sup>84</sup>

Por último, nada más oportuno que recordar alguna de las palabras pronunciadas por dos hombres que tuvieron participación protagónica en la organización política e institucional del país. Manuel Belgrano, antes de 1810, escribía en el “Correo de Comercio”: “La libertad de prensa es tan justa como lo es la de hablar y es tan injusto oprimirla como lo sería tener atados los entendimientos, las lenguas, las manos o los pies de todos los ciudadanos”. Mariano Moreno, patrono cívico de la prensa argentina, decía que “es preferible una libertad peligrosa que una servidumbre tranquila”.

Samuel Cabanchik.

---

<sup>83</sup> BADENI Gregorio, Tratado de la libertad de prensa, op. cit., pág. 496.

<sup>84</sup> DE LUCA Javier Augusto, op. cit., capítulo II. Sin resaltar en el original.

(S-4199/08)

## PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º- Incorpórase el Art. 110 bis del Código Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 110 bis - Cuando se vulnere el honor de un funcionario público o de una figura pública a través de una afirmación pública sobre hechos de interés público, sólo podrá atribuirse a su autor responsabilidad penal por injurias o calumnias si se determina que los hechos en que se basa son falsos y que quien la formuló lo hizo con conocimiento de su falsedad o con evidente desinterés acerca de si eran falsos o no.

Artículo 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sonia Escudero.- Luis P. Naidenoff.- Guillermo R. Jenefes.-

## FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

En un fallo de suma trascendencia para la protección de la libertad de expresión (Caso “Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas”), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sancionó al Estado Argentino por la condena de un periodista y ordenó que modifique en un tiempo razonable la legislación sobre calumnias e injurias de un modo que sea compatible con los estándares fijados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según el tribunal, la forma en que están tipificados esos delitos en el Código Penal vulnera la libertad de expresión. Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación había delineado la mayoría de los criterios que emergen de dicho fallo ya desde el año 1996 en el fallo “Morales Solá” y los que lo siguieron, la vaguedad de las figuras de los delitos contra el honor en el Código vigente ha posibilitado que, a pesar del refinamiento alcanzado por la jurisprudencia, se reiteren las persecuciones penales e incluso condenas a periodistas en supuestos no incumbentes al derecho penal, como en el caso “Kimel”, en el que éste fue condenado en el año 1999, tres años después de aquél leading case.

Este proyecto de ley, que incorpora al Código Penal un artículo 110 bis con el contenido que propiciamos, procura subsanar ese defecto y cumplir con los recaudos establecidos en dicho precedente internacional. De todos modos, hay que adelantarlos desde ya, aunque se dote a los supuestos típicos de los que ahora nos ocupamos del máximo grado de taxatividad, concepto tales como la “notoriedad pública” de la persona afectada en su honor, o el “temerario desinterés por la verdad” (reckless disregard) permanecerán inevitablemente imprecisos a nivel normativo, siendo la jurisprudencia la que deberá llenar esos vacíos. Pero de cualquier modo, habremos logrado dotar a la ley penal de un grado aceptable de certidumbre, que posibilitará un ejercicio del poder penal del Estado más respetuoso de la libertad de expresión y lo hará más inmune a los reproches del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En el caso que nos ocupa la Corte IDH condenó al Gobierno a dejar sin efecto la sentencia de un año de prisión en suspenso que había recaído sobre el periodista Eduardo Kimel, que investigó el asesinato de cinco religiosos palotinos el 4 de julio de 1976 en el libro “La Masacre de San Patricio”. Kimel había sido querellado por calumnias e injurias por un juez cuya actuación había sido criticada en dicho libro y finalmente condenado.

La demanda fue iniciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego de recibir una denuncia de Kimel, quien fue patrocinado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) presentó un escrito de “amigo del Tribunal” en apoyo de Kimel y solicitando que se ordene al Estado a modificar los delitos de calumnias e injurias contra funcionarios públicos. Según la demanda de la Comisión, el señor Eduardo Gabriel Kimel es un “conocido periodista, escritor e investigador histórico”, quien habría publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos “La masacre de San Patricio”, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos. El libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez.

La Comisión solicitó a la Corte que “declare que el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias -incluida la sanción accesoria civil- a los que se vio sometido el señor Eduardo Kimel por realizar una investigación, escribir el libro y publicar información necesariamente inhiben la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate público sobre asuntos que afectan a la sociedad argentina”. Además, solicitó se declare la violación del deber de adecuación del ordenamiento interno “al



mantener vigentes disposiciones que restringen irrazonablemente la libre circulación de opiniones sobre la actuación de las autoridades públicas”.

El Estado se allanó a las pretensiones de las partes señalando que “la sanción penal al señor Kimel constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión” y que “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 2 de la Convención”.

A pesar de la confesión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado, la Corte IDH entendió que subsistía 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 dicho libro, el señor Kimel analizó, entre otras cosas, las actuaciones judiciales dirigidas a investigar la masacre. En relación con una decisión judicial adoptada el 7 de octubre de 1977 señaló que “el Juez federal que conocía la causa realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el juez cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.

No es esta la primera vez que la Corte Interamericana debe pronunciarse sobre hechos que afectan la libertad de expresión. De éstos se ha ocupado en otras oportunidades, con diferente contexto: en alguna hipótesis, dentro de una circunstancia de violaciones graves de derechos humanos —así declaradas—, enrarecimiento de la democracia y conflicto institucional; en otra, dentro del contexto de la democracia y la vigencia de los derechos fundamentales. Ello ha ocurrido por ejemplo en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sobre el que se produjo la Sentencia del 2 de julio del 2004.

La Corte IDH ha reconocido que “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”.

La Corte IDH ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención. En particular, ha analizado, entre otros, las limitaciones a la libertad de expresión<sup>1</sup>. Sin embargo, ha dicho la Corte IDH que: “la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa<sup>2</sup>”.

Ha dicho también que: “Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección<sup>3</sup>”.

Ha dicho también la Corte IDH que: “La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una

---

<sup>1</sup> Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005; y *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 88 a 91.

<sup>2</sup> Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; *Caso Ricardo Canese*, y *Caso Palamara Iribarne*.

<sup>3</sup> Cfr. *Caso Ricardo Canese*.

finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión”.

La Corte IDH ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material: “Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”.

La Comisión opina, en cambio, a favor de la retirada total del derecho penal en estos supuestos: “el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal. En este sentido, la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público y a través de leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”.

Sin embargo, la Corte IDH no llegó, a nuestro juicio, tan lejos: dijo que “el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan”.

La Corte IDH ha señalado 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”.

Por ello la Corte IDH dijo que: “Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de

la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana”.

La Corte IDH “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático<sup>4</sup>”.

Agregó, sin embargo, un párrafo que pareciera, a primera vista, consagrar la impunidad de la mera emisión de opiniones o juicios de valor: “Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor<sup>5</sup>”.

---

<sup>4</sup> En el *Caso Mamere* la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que “si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos” (*Cfr. Mamère v. France*, no. 12697/03, § 27, ECHR 2006).

Asimismo, en el *Caso Castells* el Tribunal Europeo afirmó que “permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe”.

En un pronunciamiento reciente sostuvo que “la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia” (*Cfr. Cumpăna and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI).

<sup>5</sup> *Cfr. ECHR, Case Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, § 46.

Sin embargo, esta consideración debe ser matizada con la siguiente afirmación de la Corte IDH: “De otro lado, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver dictamen del Procurador General en el caso S.C. P. N° 2297, L. XL, “Patitó José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, del 11 de abril de 2007) ha establecido en diferentes precedentes que era posible (además de resultar necesario) distinguir entre la expresión de informaciones y opiniones. Sólo respecto de las informaciones (falsas, habría que agregar) puede aplicarse la doctrina de la real malicia; respecto de las opiniones, ideas, juicios de valor, juicios hipotéticos y conjeturas, en tanto no podría ser predicada respecto de ellas verdad o falsedad, no procede un test que consiste, justamente, en probar si una falsedad fue afirmada con conocimiento de esa condición. Esta doctrina ha sido afirmada, entre otros precedentes, de manera explícita en los votos de los jueces Petracchi y Bossert, en Fallos: 321:2558, considerando 9. También en el precedente registrado en Fallos: 321:2848, la Corte Suprema sostuvo que las opiniones son enunciados que, por definición, no contienen afirmaciones fácticas ni son verdaderos ni falsos. La constatación de que una manifestación es puramente una opinión y no la aseveración falsa acerca de circunstancias fácticas es fundamental porque, también como ha sostenido la Corte Suprema argentina, las opiniones sobre cuestiones públicas no pueden ser limitadas casi de ninguna manera. Últimamente, en el precedente *Cancela v. Artear* (registrado en Fallos: 321:2637) la Corte Suprema argentina reiteró que las críticas a la función pública no pueden generar responsabilidad sin importar que hayan sido formuladas “en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes”, agregando que ello era así “siempre que se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno”.

Esa concepción, relativa a la expresión de meras ideas u opiniones, apareció en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, quizás por primera vez, en la disidencia del jurista Oliver Wendell Holmes en *Abrams v. United States*. (250 U.S. 616). La fundamentación de Holmes rememora los fundamentos dados por John Stuart Mill en *Sobre la libertad* acerca del valor y la utilidad social de una amplia libertad de pensamiento, discusión y opinión. Según



Holmes, la expresión de ideas y opiniones no puede ser limitada en ninguna medida, porque la mejor manera de alcanzar el bien es someter las ideas a la competencia libre del mercado para determinar cuál es verdadera. Según la interpretación corriente, otro importante precedente de la Corte Suprema estadounidense en la materia, *Gertz v. Welch* (418 US. 323), incluyó no sólo la doctrina relativa al valor de la libre competencia de ideas en el mercado para la determinación de cuál es correcta, sino que estableció además que esta fundamentación no era aplicable a la afirmación de hechos falsos. Es decir, mientras que las opiniones e ideas no pueden ser limitadas por ningún motivo, porque no puede descartarse antes de su discusión que una concepción sea correcta, no puede decirse lo mismo de las afirmaciones de hechos que, comprobadamente, no se corresponden con la realidad. Al menos han de existir casos en los que no pueda encontrarse ningún valor intrínseco en la afirmación de una falsedad.

Como dijo el Procurador General de nuestra Corte en el citado caso “Patitó”: “Sin embargo, como es de suponerse, el hallazgo de un criterio de distinción entre opiniones e informaciones ha permanecido, hasta el momento, esquivo, al menos en el ámbito de la administración de justicia. Sin dudas se trata de una distinción cuyo estudio profundo probablemente sea materia de la lingüística y la filosofía; pero la eventual aplicación por parte de los tribunales de un criterio elaborado por estas disciplinas sería probablemente impracticable. Los intentos producidos en la jurisprudencia, hasta ahora, han dejado una sensación de desazón. Un ensayo célebre en esta materia consistió en el test elaborado en 1984 por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el fallo *Ollman v. Evans* (750 F.2d 970). Sin embargo, este test, que proponía cuatro comprobaciones, con las que se pretendía tener en cuenta “la totalidad de las circunstancias” para llegar a la distinción, ha sido paulatinamente abandonado por la jurisprudencia; el entendimiento común de la materia señala al fallo de la Corte Suprema estadounidense *Milkovich v. Lorain Journal Co* (497 U.S. 110) como conteniendo un rechazo definitivo de esta forma de análisis elaborada en el fallo *Ollman*. Sea como fuera, el precedente *Milkovich* contiene a su vez otro estándar bastante indeterminado, cuyo centro pareciera consistir en dilucidar si, lo que parece una opinión, connota también una afirmación de hecho probablemente falsa; en todo caso, se trata también de averiguar si un intérprete razonable concluiría que el enunciado implica la afirmación de un hecho. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que los ensayos de criterios de distinción y la literatura sobre ellos es inabarcable, casi tanto como el escepticismo que domina en la materia (Conf. Jeffrey Kirchmeier, *The Illusion of the Fact-Opinion Distinction in Defamation Law*, en *Case Western Reserve Law Review*, 1988/1989, p. 867 y ss.)”.

El criterio más fuerte ideado hasta ahora por la Corte Suprema nacional para distinguir entre enunciados sobre hechos y opiniones es verificar si es posible predicar, respecto del enunciado, verdad o falsedad. Si la respuesta es afirmativa, se trataría entonces de un enunciado sobre hechos. El criterio de la posibilidad de distinguir tipos de enunciados según pueda aplicárseles ciertos predicados podría, sin embargo, no ser del todo correcto, como surge de alguna literatura en relación a la materia (Conf. por ejemplo, Searle, Austin on Locutionary and Illocutionary Acts, en *The Philosophical Review*, Vol. 77 No. 4, 1968, p. 405 y ss., p. 406 y Greenawalt, Speech and Crime, en *American Bar Foundation Research Journal*, 1980, p. 645 y ss., p. 675 a 679).

Dijo el Procurador General en “Patitó”: “En lo personal soy escéptico acerca de la posibilidad de formular un criterio decisivo que, sobre todo, tenga aplicación práctica y no consista en una intrincada construcción lógica. En mi opinión, sólo puede ofrecerse un criterio lábil como el que se enunciará brevemente. Debe considerarse que un enunciado contiene la afirmación de una circunstancia de hecho si del contexto del enunciado mismo puede identificarse la ocurrencia de un hecho histórico, aunque la determinación de éste no incluya una precisión que lo identifique conforme a sus circunstancias de tiempo, lugar y modalidad. Por ejemplo, el epíteto ‘corrupto’ podría ser sólo eso, un calificativo sin ulteriores referencias, pero si del contexto de los enunciados surge una referencia a algún acto de corrupción en particular, aunque no esté precisado, se tratará de una afirmación sobre un hecho y no en una mera descripción de una característica de la personalidad. En este caso, la sección en la que apareció la publicación (como editorial del diario) y el tono crítico que domina el escrito no deben llevar a la conclusión apresurada de que se trató de una mera opinión. Estas formas accidentales, como algunas otras que no se verifican aquí, pero que vale la pena mencionar -por ejemplo, el disfraz de informaciones de hechos bajo el ropaje de opiniones (sobre ello, frecuentemente se cita la opinión del Juez Friendly en el precedente *Cianci v. New Times Publishing Company*, 639 F.2d 54)- no pueden llevar confusión”.

En lo que corresponde al presente caso (“Kimel”), concluyó la Corte IDH que: “es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo –como lo ha reconocido el propio Estado- tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción –privación de libertad- aplicada al periodista”.

En síntesis, la Corte IDH sostuvo: “Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación

se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra”.

Y concluyó del siguiente modo: “Teniendo en cuenta lo señalado en el Capítulo VI de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, 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”.

Por nuestra parte, creemos que con la reforma que aquí propiciamos se cumple debidamente con lo dispuesto por la Corte IDH. En efecto, una figura concebida en los términos arriba señalados (situada en el art. 110 bis del CP) implica, a nuestro juicio, una razonable limitación, sobre parámetros ciertos y comprobables, de la responsabilidad penal por la comisión de delitos contra el honor previstos en los artículos inmediatamente anteriores (arts. 109 y 110). De este modo, sólo será punible por calumnias o injurias quien lleva a cabo la conducta que vulnera el honor de un funcionario público o de una figura pública a través de una afirmación pública sobre hechos de interés público, si se determina que los hechos en que se basa son falsos y que quien la formuló lo hizo con conocimiento de su falsedad o con evidente desinterés acerca de si eran falsos o no. Por nuestra parte, creemos que no tiene sentido establecer en un tipo penal que la carga de la prueba acerca del conocimiento o el desinterés corresponde a la acusación, porque esto se sobreentiende en un sistema regido por el principio de la presunción de inocencia, donde siempre el onus probandi corresponde a quien afirma la responsabilidad penal y no a la inversa. Empero, como dijimos al comienzo, conceptos como los de “figura pública” o “evidente desinterés” mantendrán un apreciable margen de vaguedad, que deberá ser precisado por la jurisprudencia.

Si de lo que se trata es de la formulación de una opinión, para establecer si este comportamiento está exento de responsabilidad penal, habrá que establecer, como en el dictamen del Procurador General en “Patitó”, si dicha opinión carece de referencias a hechos, dado que si del contexto de los enunciados surge una referencia a algún acto en particular, aunque no esté precisado, se tratará de una afirmación sobre un hecho y no de una mera opinión. En este caso, si el hecho es falso y si el autor obró con conocimiento de dicha falsedad o con notorio desinterés por averiguar la verdad, deberá responder penalmente por calumnias o injurias. Entendemos que es en ese sentido que hay que entender las referencias formuladas en “Kimel” en

punto a que la emisión de opiniones o juicios de valor nunca pueden ser consideradas como delito. En el caso “Kimel”, empero, las opiniones del periodista respecto del obrar del juez no eran meras opiniones desconectadas de las afirmaciones sobre hechos, puesto que reposaban sobre enunciados acerca de hechos, de los cuales es posible verificar su veracidad o falsedad. Lo que sucedió en “Kimel” fue que no se puede decir que las afirmaciones del periodista sobre las que construye sus opiniones fueran falsas sino todo lo contrario: las referencias al trámite del expediente eran verdaderas, como también lo eran las referencias al comportamiento de los jueces durante la dictadura, más allá de que las conclusiones que extrae —de las que se deduce una actuación del juez proclive a la impunidad de los autores de la masacre— pueda ser discutible e incluso equivocada.

Este proyecto implica la adopción en el nivel de la norma penal sustantiva de la doctrina de la “real malicia”, ya reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina desde el fallo “Morales Solá” en el año 1996. Obrar con real malicia en este marco es, pues, actuar con conocimiento de la falsedad de la información o con temerario desinterés respecto de esta circunstancia. Con otras palabras: de aquello que es veraz, está referido a personas públicas y versa sobre cuestiones de interés público no cabe derivar responsabilidad jurídica alguna, entendiéndose por veraz no sólo lo estrictamente verdadero sino también todo aquello que ex ante resulta verosímil, esto es, se presenta como verdadero o como posiblemente verdadero (aunque ex post no lo sea) a una persona diligente (Cfr. Gabriel Pérez Barberá, “Sorpresas y vacíos en la jurisprudencia actual de la Corte sobre derecho al honor y a la información”, en Estudios de Justicia Penal, Homenaje a Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, año 2006, p. 89).

Con esta formulación, por consiguiente, entendemos que se produce la conciliación armónica en orden a la protección de los bienes jurídicos en conflicto: el honor de las personas y la libertad de expresión y la precisión necesaria, a nivel de la norma penal sustantiva, de los alcances de la responsabilidad penal en este ámbito que, si bien ya habían sido delineados por la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo, no alcanzaron para evitar persecuciones penales e incluso condenas de quienes deberían estar exentos de ella en aras de la vigencia de la libertad de expresión.

Por las razones expuestas, solicito a los miembros de esta honorable cámara acompañen con su voto afirmativo la presente iniciativa.

Sonia Escudero.- Luis P. Naidenoff.- Guillermo R. Jenefes.-