

RECURSO DE CASACION. Impugnabilidad objetiva. Resolución de la Cámara de Acusación que confirma el archivo definitivo por la atipicidad del hecho. CALUMNIAS E INJURIAS. Reforma operada por la ley 26.551. Exclusión de los asuntos de interés público. Alcance. Fundamento. CALUMNIA: requisitos típicos.

I. Resulta impugnable en casación la resolución de la Cámara de Acusación que confirma el archivo definitivo de las actuaciones por la atipicidad del hecho. Ello así porque dicho decisorio confirmado, por sus efectos, puede razonablemente equipararse a una sentencia de sobreseimiento, al importar el cierre definitivo de la causa (art. 349 CPP), ya que impide una nueva investigación por iguales hechos, en contra del mismo imputado.

II. La ley 26.551 (BO, 27/11/2009), que introdujo sustanciales modificaciones a los delitos contra el honor del Código Penal, tuvo su origen en el fallo “Kimel vs. Argentina” (2/5/2008) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que exhortó al Estado Argentino a adecuar la legislación interna a los parámetros de la Convención en materia de libertad de expresión debido a las imprecisiones que presentaba la normativa penal en materia de calumnias e injurias, potencialmente vulneratorias del principio de legalidad, mínima intervención, y *ultima ratio* del derecho penal.

III. La ley 26.551 que reformó los delitos contra el honor del Código Penal, precisó que el destinatario de las expresiones típicas debe ser una persona física, determinada, que el delito imputado debe ser concreto y circunstanciado y redujo la pena a multa, estableciendo expresamente que no configuran delito las expresiones que se refieran a asuntos de interés público o que no sean asertivas. Asimismo, descartó explícitamente que las manifestaciones calumniosas e injuriosas proferidas en el marco de un asunto de interés público, las atribuciones de hechos falsos, aunque fueren con conocimiento de su falsedad o con temerario desinterés por su verdad o falsedad, resultarán atípicas.

IV. En lo atinente a los delitos de calumnias e injurias, una primera aproximación para determinar qué debe entenderse por asunto de interés público en el marco de la reforma operada por la ley 26.551 la aporta la CIDH, al señalar que 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.

V. El estándar de protección atenuada del honor de los funcionarios públicos, figuras públicas o particulares es aplicable cuando intervienen en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica. Ese interés institucional concurre cuando versa sobre todo aquello que es necesario o conveniente para la comunidad y la buena marcha de sus instituciones, es decir, no para uno o más individuos determinados, sino para el número indeterminado de las personas que constituyen la comunidad social y política de que se trata.

VI. En el caso de los funcionarios públicos, ese diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente al involucrarse en actividades que salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. De manera que el diferente trato no radica en la calidad del sujeto sino en interés del público en el control democrático de la actividad que realiza a través de la opinión pública, fomentando su transparencia y promoviendo la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.

VII. El delito de calumnias requiere, en el plano objetivo, que el hecho que se atribuye sea determinado o al menos determinable como hecho real; siendo imprescindible que la determinación se establezca a través de sus circunstancias fácticas (víctima, lugar, tiempo, objeto, medios, etc.) aunque no contenga a todas, pero sí las que basten para permitir la determinación. La imputación calumniosa se satisface con la determinación del autor y del hecho. La primera se logra señalando al autor. La segunda, nombrando al ofendido por el delito y señalando la materialidad de éste y las circunstancias de modo, tiempo, lugar, etcétera, indispensables en el caso concreto para individualizar el hecho que sirve de base a la imputación.

TSJ, Sala Penal, Sent. n° 69, 9/03/2016, “**Querrela interpuesta por Viviana Andrea Yawny en contra de Luciano Esteban Rafael Giuliani –Recurso de Casación–**”. Vocales: Tarditti, López Peña, Cáceres de Bollati.

SENTENCIA NUMERO: SESENTA Y NUEVE

En la Ciudad de Córdoba, a nueve días del de marzo de dos mil dieciséis, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aida Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati, a fin de dictar sentencia en los autos "**Querella interpuesta por Viviana Andrea Yawny en contra de Luciano Esteban Rafael Giuliani -Recurso de Casación-**" (S.A.C. n° 2290586), elevados a esta Sala con motivo del recurso de casación interpuesto por la querellante Viviana Andrea Yawny, con el patrocinio del Dr. Miguel A. Ortiz Pellegrini, en contra del Auto número ciento catorce de fecha trece de julio de dos mil quince, dictado por la Cámara Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto.

Abierto el acto por el señor Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1°) ¿Está indebidamente fundado el decisorio impugnado en cuanto resolvió confirmar el archivo de las presentes actuaciones por la atipicidad de los hechos denunciados?
- 2°) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aida Tarditti, Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

I. Mediante Auto número ciento catorce de fecha trece de julio de dos mil quince, la Cámara Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, dispuso: "*I) Rechazar la querella promovida por Viviana Andrea Yawny en contra de Luciano Esteban Rafael Giuliani, sin costas (arts. 550, 551 y cc del CPP), disponiendo el archivo de las presentes actuaciones y remisión de copia del presente Auto al Sr. Fiscal de Instrucción en turno, a los fines asentados en los considerandos del presente (art. 427 último párrafo, en función del 334, primer párrafo, 301, 304 y cc. del C.P.P., 109 y 110 del C.P.). Protocolícese y hágase saber...*" (fs. 79 y vta.).

II. La mencionada Cámara rechazó el recurso de apelación del querellante y resolvió confirmar la resolución mediante Auto Interlocutorio cuya parte resolutive se expuso precedentemente (fs. 77/79).

III. En contra del auto antes mencionado, interpone recurso de casación la querellante

Viviana Andrea Yawny, con el patrocinio del Dr. Miguel A. Ortiz Pellegrini, aduciendo que invocaría razones propias del motivo formal (art. 468 inc. 2° del CPP) (83/89).

La recurrente, previo referirse a los requisitos de admisibilidad del recurso (fs. 83 y vta.), y de realizar la relación de hechos de la causa (fs. 83 vta./84 vta.), plantea la inconstitucionalidad de la resolución en tanto resuelve *extra petita* en relación a la pretensión del querellante (fs. 85 y vta.).

Dice que desde su escrito inicial destacó que las ofensas de Giuliani se refieren al ejercicio de su profesión de abogada en materia previsional. Cita uno de los apartados de la querrela en los que narró que "esta campaña delictiva me afecta en forma personal y política, pero principal y fundamentalmente como abogada en el ejercicio de mi profesión" (fs. 86).

Alega que, por su cuenta, el juez modifica su petición y "transforma lo accesorio en principal". Se refiere por tal cosa a que el *a quo* manifestó "[e]l 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 el ejercicio de dicho control democrático..." (fs. 86 y vta.).

También se agravia de la consideración conforme a la cual estimó el sentenciante que "no se ha puesto en tela de juicio el ejercicio profesional en sí por parte de la querellante, sino antes bien, los ataques aluden al entramado que supone dicho accionar con su condición de concejala" (fs. 86 vta.).

Otra razón proporcionada por el sentenciante de la que se queja la impugnante es aquella que alude a la utilización del teléfono celular aportado por el estado municipal (fs. 86 vta.).

Dice que la jueza incurre en una incongruencia cuando modifica por su cuenta el contenido de la querrela y la rechaza *in limine*; pero conjuntamente, y de manera abusiva, defiende la supuesta retractación del querrellado, lo que significa, señala, que ha ido más allá de la pretensión (fs. 87).

Denuncia la omisión de prueba y argumentos dirimentes. Se refiere por tales a que la Sra. Juez "ignora las constancias de autos, como ...la escritura n° 124 de la Esc. Rizzo; ignora el pronunciamiento del Consejo Deliberante en cuanto manifiesta "que no hubo ninguna acción ni conflicto reprochable ni ética ni jurídicamente", ignora la carta documento del querrellado en cuanto pretender realizar una 'retractación'; ignora el antecedente jurisprudencial citado del Juez Federal N° 1 de la ciudad de Córdoba;

ignora el afiche del Colegio de Abogados" (fs. 88 y vta.). Dice que con la inclusión mental hipotética de estas pruebas habría concedido abrir el proceso iniciado por la querrela. Finalmente, dice que la Sra. Juez ha omitido considerar sus manifestaciones del apartado IV-2.2.1.

Por último, hace reserva del caso federal (fs. 88 vta./89).

IV. 1. Esta Sala ya ha sostenido que resultan impugnables en casación las resoluciones de la Cámara de Acusación que confirman un archivo definitivo de las actuaciones por la atipicidad del hecho denunciado. Ello es así porque dicho decisorio confirmado jurisdiccionalmente, por sus efectos, puede razonablemente equipararse a una sentencia de sobreseimiento. Importa, pues, el cierre definitivo de la causa (art. 349 CPP) dado que impide una nueva investigación por iguales hechos en contra del mismo imputado (Cfr. T.S.J., Sala Penal, "Jairalá", S. n° 38, 24/07/1968; "Angeloz", S. n° 148, 29/12/1999; "Denuncia f.p. Mazoud", S. n° 101, 17/11/2000; "Denuncia formulada por Eugenio Alberto Kunz -recurso de casación-", S. n° 92, 28/4/08 y "Denuncia formulada por Fátima Ponce", S. n° 88, 23/04/2009).

2. La pretensión recursiva podría resumirse del siguiente modo: la instancia anterior decidió el archivo por atipicidad de la querrela por considerar a las ofensas de Giuliani como referentes sólo a la condición de Concejal de Yawny, cuando en realidad están caracterizadas por su condición de abogada previsional. Es decir que el agravio radica en que se llegó a la conclusión desinriminatoria a partir de la omisión de componentes relevantes del hecho. Esa caracterización del hecho (más comprehensiva) incluye la deshonra en el ejercicio de la profesión de abogada de la querellante -más allá de su condición de Concejal-.

3. En primer lugar es necesario efectuar algunas precisiones sobre las modificaciones que sufrieron los tipos penales contenidos en los arts. 109 y 110 del CP a raíz de la sanción de la ley 26.551 (BO, 27/11/09), pues éstas son decisivas en el presente caso.

a. Como ya hemos señalado en los precedentes "Orihuela", S. n° 107, 17/5/2011 y "Achino", S. n° 309, 21/10/2011, la ley 26.551 (BO, 27/11/09) introdujo sustanciales modificaciones a los delitos contra el honor del Código Penal.

La reforma legislativa tuvo su origen en el fallo "Kimel vs. Argentina" (sent. del 2/5/08) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que exhortó al Estado Argentino a adecuar la legislación interna a los parámetros de la Convención en materia de libertad de expresión debido a las imprecisiones que presentaba la normativa penal

en materia de calumnias e injurias, potencialmente vulneratorias del principio de legalidad, mínima intervención y *ultima ratio* del derecho penal.

El delito de calumnias (CP, 109) quedó estructurado de la siguiente manera: "*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 reprimido con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*".

El tipo de injurias (CP, 110), así: "*El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos veinte mil. En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injuria los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público*". Las modificaciones a estos tipos penales, introducidas por la ley 26.551, tuvieron por fin determinar el alcance de las restricciones impuestas a la libertad de expresión a fin de satisfacer el principio de legalidad, de conformidad con lo exigido por la CIDH. Esencialmente, la nueva ley precisó que el destinatario de las expresiones típicas debe ser una persona física, determinada, que el delito imputado debe ser concreto y circunstanciado y redujo la pena a multa, estableciendo expresamente que no configuran delito las expresiones que se refieran a asuntos de interés público o que no sean asertivas.

Al descartar explícitamente las manifestaciones calumniosas e injuriosas proferidas en el marco de un asunto de interés público, las atribuciones de hechos falsos, aunque fueren con conocimiento de su falsedad o con temerario desinterés por su verdad o falsedad, resultarán atípicas.

En este contexto, cobra suma importancia, entonces, determinar qué debe entenderse por "*asunto de interés público*" a fin de circunscribir el ámbito de atipicidad previsto por la ley. Una primera aproximación a la cuestión la aporta la propia CIDH en el fallo que dio origen a la sanción de la ley 26.551, al señalar que "*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. En una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han*

expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en interés del público de las actividades que realiza. 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..." ("Kimel", sent. del 2/5/08 -negritas agregadas-).

Es importante resaltar que esa doctrina se proyectó sobre un caso de las siguientes característica: Eduardo Gabriel Kimel un "conocido periodista, escritor e investigador histórico" que había publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos y criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez, que promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia. La Corte IDH consideró de "notorio interés público" la crítica de Kimel porque se refería a un juez "en relación con el desempeño de su cargo", "no tenía relación con la vida personal del Juez", sí con la investigación judicial de la masacre y respecto al desempeño del Poder Judicial durante la dictadura (n° 89, 91 y 92).

En igual sentido se expide la CSJN, explicando que *"cuando las opiniones versan sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas, la tensión entre los distintos derechos en juego -el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas- debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública"* (Fallos: 329:3775, caso "Spinosa Melo", voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando 26), aclarando que ello *"se funda en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y en que aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias. Por otra parte, atiende de manera prioritaria al valor constitucional de resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano"* (Fallos: 329:3775, caso "Spinosa Melo", voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando

27).

Esta Sala, por su parte, ha establecido en casos similares que el estándar de protección atenuada del honor de los funcionarios públicos, figuras públicas o particulares es aplicable cuando intervienen en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica, precisando que una cuestión es de interés institucional "...cuando versa sobre todo aquello que es necesario o conveniente para la comunidad y la buena marcha de sus instituciones, es decir, no para uno o más individuos determinados, sino para el número indeterminado de las personas que constituyen la comunidad social y política de que se trata" ("Caruso c/Remonda", S. n° 108, 9/9/99; "Querella de Bustos c/ Soria", S. n°57, 23/6/00).

b. En atención a ello, entonces, la decisión impugnada debe anularse pues no se ha fundado con razón suficiente, esto es fuera de toda duda razonable, que las publicaciones agraviantes de Giuliani contra Yawny estén comprendidas por el concepto de interés público esbozado más arriba.

Es necesario destacar que esas expresiones de Giuliani fueron vertidas en su muro público del Facebook, y parecen al menos in límine hacer referencia a actividades de Yawny que se refieren principalmente a su trabajo como abogada previsional. Incluso, la querellante ofrece prueba acerca de que no se valía del celular proporcionado por el consejo deliberante para desempeñar su trabajo de abogada (ver fs. 1 vta./2), de la inexistencia de infracción legal o deontológico por el ejercicio de la profesión de abogada. La tesis de la atipicidad por mediar interés público, como no puede albergar dudas sobre las propiedades relevantes que habilitan esa decisión, debió zanjar esa cuestión previamente.

Vistas las cosas de este modo, se advierte la imposibilidad de que en el presente caso pueda haberse obtenido la convicción suficiente para afirmar que estamos frente a expresiones "referidas a asuntos de interés público". Si se repara en los precedentes citados más arriba, y se observan los sucesos que los tribunales consideraron que representaban instancias de ese concepto, verificamos que quienes querellaban por la ofensa a su honor eran funcionarios públicos cuestionados (falsamente o no) por actividades propias de sus funciones. El rechazo a esas pretensiones inculpativas poseía, pues, una propiedad que en nuestro caso no se verificó con suficiencia. Además puede indicarse otro contraste: el sujeto activo de las descalificaciones en el señero precedente "Kimel" de la CIDH, pero como también en "Spinosa Melo" de la CSJN y "Caruso c/ Remonda" de este TSJ, eran periodistas. El valor de la libertad de prensa

(que no sólo reconoce sus fundamentos en la libertad de expresión sino que, principalmente, en el derecho a la información de los ciudadanos) aquí no está en juego. En el caso bajo estudio, en cambio, las expresiones tienen por destinataria a quien ejerce la profesión de abogada y es concejal en Río Cuarto, proferidas por un funcionario público que se desempeña en la ANSeS y las vierte en una red social. Lo anterior demuestra que el *a quo* ha confirmado el archivo por atipicidad omitiendo valorar prueba relevante.

Por las razones dadas, voto positivamente a la cuestión planteada.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal doctora Aida Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde:

I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querellante Viviana Andrea Yawny, con el patrocinio del Dr. Miguel A. Ortiz Pellegrini y, en consecuencia, anular el Auto número ciento catorce de fecha trece de julio de dos mil quince, dictado por la Cámara Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto en tanto resolvió: *"I) Rechazar la querrela promovida por Viviana Andrea Yawny en contra de Luciano Esteban Rafael Giuliani, sin costas (arts. 550, 551 y cc del CPP), disponiendo el archivo de las presentes actuaciones y remisión de copia del presente Auto al Sr. Fiscal de Instrucción en turno, a los fines asentados en los considerandos del presente (art. 427 último párrafo, en función del 334, primer párrafo, 301, 304 y cc. del C.P.P., 109 y 110 del C.P.)..."*

II) Reenviar los presentes autos al tribunal de origen a efectos de que decida conforme a derecho.

III) Sin costas, atento el éxito obtenido (C.P.P., 550/551).

Así, voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: **I)** Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querellante Viviana Andrea Yawny, con el patrocinio del Dr. Miguel A. Ortiz Pellegrini y, en consecuencia, anular el Auto número ciento catorce de fecha trece de julio de dos mil quince, dictado por la Cámara Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río

Cuarto en tanto resolvió: "I) Rechazar la querrela promovida por Viviana Andrea Yawny en contra de Luciano Esteban Rafael Giuliani, sin costas (arts. 550, 551 y cc del CPP), disponiendo el archivo de las presentes actuaciones y remisión de copia del presente Auto al Sr. Fiscal de Instrucción en turno, a los fines asentados en los considerandos del presente (art. 427 último párrafo, en función del 334, primer párrafo, 301, 304 y cc. del C.P.P., 109 y 110 del C.P.)...".

II) Reenviar los presentes autos al tribunal de origen a efectos de que decida conforme a derecho.

III) Sin costas (C.P.P., 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.