

***JURISPRUDENCIA**

Cpde. F° N° 1298/94 de la Sec. Crim., Correcc. y del Menores del Excmo. Superior Tribunal de Justicia

En la Ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintidos días del mes de diciembre del año mil novecientos noventa y cuatro; se reúnen en la Sala de Acuerdos "Dr. Manuel Belgrano" el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia de su Titular S.S. Dr. Jorge TALAGAÑIZ URQUIZA y los Señores Ministros S.Ss. Dres. Rodolfo Ricardo Raúl ROQUEL, Ariel Gustavo COLL, Carlos Gerardo GONZALEZ y S.S. Subrogante Legal Dra. Belkys Edith DIEZ de CARDONA Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, constituido en SUPERIOR TRIBUNAL DE CASACION para pronunciar sentencia en la Causa N° 07/94, caratulada: "GORVEIN, Diego Rodolfo s/ Querrela p/ Calumnias e Injurias c/ AMARILLA, Juan H.", registro de la Secretaría en lo Criminal, Correccional y de Menores del S.T.J., de origen N° 797/93 del Juzgado de Instrucción y Correccional N° 2 -local-; venidos para resolver el RECURSO DE CASACION, originariamente interpuesto como Extraordinario a fs. 136/141 y cuyo trámite a imprimir se ordenara mediante Fallo N° 1288 de fs. 148/149 vta., por el Apoderado del Querellante el Dr. Luis Alberto RECALDE (h) contra la sentencia N° 01/94 de fs. 127/132 vta., dictada por el Juez de mérito que absuelve a Juan Honofre AMARILLA, (argentino, casado, editor, nacido en Formosa, el 12 de Junio de 1949, domiciliado en Pringles N° 1130 de esta Ciudad) como autor de los delitos de Injurias y Calumnias en concurso ideal, en cuanto fuera materia de debate en la presente causa.-

El orden de votación de conformidad con lo establecido en Acta N° 1758 del S.T.J. y Acta de Sorteo N° 08/94 es el siguiente: 1er. término: Dr. Rodolfo Ricardo Raúl ROQUEL, 2 do. Término : Dr. Ariel Gustavo COLL, 3 er. Término : Dr. Carlos Gerardo GONZALEZ, 4 to. Término : Dr. Jorge TALAGAÑIZ URQUIZA y 5 to. Término: Dra. Belkys Edith DIEZ de CARDONA; y

CONSIDERANDO:

El Sr. Ministro Dr. Rodolfo Ricardo Raúl ROQUEL, DIJO:

Que han venido a conocimiento de este Tribunal, por vía de casación fundada en el supuesto apartamiento de la solución legal prevista por las normas de fondo en forma expresa para el caso, estos autos en los cuales el Dr. Diego Rodolfo Gorvein promovió querrela contra el Sr. Juan Honofre Amarilla en su condición de Director del diario "El Comercial" en razón del carácter calumnioso e injurioso que atribuía a publicaciones realizadas en el mencionado medio de prensa el 1° y el 17 de octubre de 1.993.-

El recurso de casación admitido limita la competencia de este Superior Tribunal a la verificación de la supuesta inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en grado tal que pueda autorizar asimismo una tacha de arbitrariedad, tanto con respecto a la inconstitucionalidad local invocada (supuesta violación a lo dispuesto por el art. 12 de la Constitución Provincial), cuanto al agravio federal que la arbitrariedad importa en razón de la Jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Strada".-

En cambio, resulta absolutamente irreversible la base fáctica adoptada por el tribunal de grado. De tal modo a mi juicio los elementos fundamentalmente fácticos del delito, como la acción, la autoría, la relación de causalidad y la culpabilidad, escapan al exámen casatorio, que en cambio alcanza sí a la tipicidad y a la antijuricidad.-

Pero antes de entrar en el análisis del fallo en crisis resulta imprescindible señalar que no cabe admitir la objeción planteada en la audiencia por el Sr. Defensor Oficial a la admisibilidad del recurso, fundada en las limitaciones que el Código ritual establece para el recurso en razón del monto de la pena atribuida al delito, por las razones ya expuesta al admitirse el recurso imprimiéndole el trámite de la casación: tales limitaciones no rigen cuando se invoca fundamentadamente la violación de garantías constitucionales, como el debido proceso o la defensa en juicio.-

El Juez "a quo" dice en su fallo que "la conducta atribuida al querrelado presenta los requerimientos del tipo objetivo de la figura de injurias, según se encuentra programada en el art. 110 del Código Penal". Y después de efectuar un análisis lingüístico y semiológico de las publicaciones que motivaron la querrela, concluye: "Las expresiones descriptas -consideradas como un conjunto crítico- resultan idóneas para afectar el honor, tanto en su aspecto subjetivo sustentado en su propia estimación (la honra), como en su aspecto objetivo constituido por el derecho a exigir que no se incite a terceros a formarse una mala opinión sobre su personalidad o a modificarla peyorativamente (crédito, fama o reputación)."-

De tal modo el fallo tiene por acreditado el carácter injurioso de las publicaciones en cuestión. En cambio excluye expresamente que se haya acreditado la falsa imputación de un delito de acción pública, en razón del carácter meramente administrativo de las irregularidades que se atribuían al querrelante en las publicaciones en cuestión.-

El fallo recurrido, no obstante la base fáctica establecida, absuelve al querrelado del delito de injurias. Para llegar a tal resultado sostiene que esa conducta no encuadra en el tipo penal de la injuria en razón de que -adoptando la doctrina de Zaffaroni respecto de los "tipos

conglobantes"- el tipo legal del art. 110 del Código Penal deber ser integrado, a su vez con las normas del ordenamiento jurídico que tutelan la libertad de prensa.-

Estimo que tal conclusión es insostenible, aún partiendo de la posición doctrinaria que sigue el Juez "a quo" y que no comparto. Porque el rol que Zaffaroni asigna a la tipicidad conglobante consiste en la comprobación de que la conducta legalmente típica afecta también al bien jurídico tutelado. Es decir que pretende excluir de la tipicidad penal aquellas conductas que, aunque encuadran en el tipo legal, no constituyen en realidad una violación del bien jurídico protegido (conf. ZAFFARONI, Eugenio R. "Tratado de Derecho Penal", Bs. As. 1981, t.III, Págs. 235/8). En otro lugar el mismo tratadista resalta: "El tipo no nos permite el acceso al conocimiento de los preceptos permisivos, porque su función es proporcionarnos el conocimiento de la prohibición", (op. cit. t. III, Pág. 224). Y en el presente caso la lesión del bien jurídico tutelado (el honor), ha sido expresamente admitido por el "a quo".-

En este punto cabe consignar también que no comparto la doctrina citada por el defensor particular del querellado en el sentido de que el respeto a la libertad de prensa impone -conforme lo señaló en la audiencia- un replanteamiento del concepto del honor tal cual lo ha venido definiendo la doctrina penal argentina. Porque una sociedad republicana cuyos ciudadanos -gobernados y gobernantes- no tuvieran en alta estima el honor caería en una degradación que terminaría sacrificando todos los demás valores. Más adelante volveré sobre el tema.-

Pero, siguiendo con el análisis del fallo cuestionado, éste utiliza además para justificar su conclusión un argumento distinto y totalmente independiente de la referencia a la tipicidad conglobante, y es la doctrina llamada de la "real malicia". Conforme a esta doctrina los límites a la libertad de prensa son distintos según se trate de críticas o hechos atribuidos a figuras públicas o privadas. En el caso de autoridades u otras figuras públicas la publicación sólo será punible si el afectado prueba que el autor o responsable de la publicación sólo será punible si el afectado prueba que el autor o responsable de la publicación sabía la falsedad del hecho o de los hechos difundidos. Esta doctrina fue formulada por primera vez por la Corte norteamericana en marzo de 1.964, in re "New York Times vs. Sullivan" y consiste en invertir, para los funcionarios, la carga de la prueba (conf. BARRA, Rodolfo C. "La Libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en L.L. 20-5-94, págs. 1/4).-

No obstante que en algunos votos emitidos en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha admitido esta doctrina, es necesario destacar determinadas circunstancias.-

En primer lugar, que en el caso estadounidense citado el "New York Times" le había ofrecido a Sullivan una oportunidad de ejercer el derecho de réplica, como lo recalca EKMEKDEJIAN ("Tratado de Derecho Constitucional", Bs. As. 1993, t.I, págs. 577/8) y en el presente caso la réplica del querellante dio lugar, según resulta de la plataforma fáctica del caso, a nuevas injurias.-

En segundo lugar, como lo señala el autor citado (ibidem, pág. 179) probar la "real malicia" del periodismo será en la inmensa mayoría de los casos una "diabólica probatio" para la víctima de la noticia falsa. Tanto más cuanto que - en casos como el presente- el afectado se entera de la existencia de tal inversión de la carga de la prueba - que no proviene de la ley sino de una mera y novedosa interpretación judicial- recién en el momento de notificarse de la sentencia. Ello evidentemente constituye una grave violación del debido proceso.-

En tercer lugar, la doctrina de la "real malicia" no puede ser transpolada lisa y llanamente por el juzgador del derecho norteamericano al argentino. En efecto, si bien ella podría teóricamente ser aplicada en los casos de calumnia, o respecto de la responsabilidad patrimonial prevista en el art. 1071 del Código Civil, es inaplicable en el delito de injurias descrito en el artículo 110 del Código Penal, donde lo punible no es la falsedad de la información -que incluso puede ser verdadera- sino el contenido agravante de la publicación. Y, curiosamente, esto lo señala claramente el "a quo" al expresar en su fallo: "La conducta atribuida al querellado presenta también los requerimientos del tipo subjetivo de la figura de injurias. Al respecto es preciso señalar que concurren los dos aspectos que integran el dolo: el cognoscitivo y el conativo. El primero comprensivo de la idoneidad gravosa para el honor de las afirmaciones contenidas en los artículos periodísticos. El segundo determinado por la dirección impresa a la voluntad tendiente a publicar las manifestaciones a pesar de conocer su virtualidad". Y continúa el fallo: "No modifica este aserto la circunstancia de que la voluntad haya estado principalmente determinada por la voluntad ultratípica de informar (argumento del querellado), pues basta para confirmar el carácter doloso de la conducta que su autor se haya representado la realización del tipo legal y se conforme con ella".-

No se trata, pues, de la verdad o falsedad de ciertos hechos -como ocurriría en la figura de la calumnia- sino del carácter ofensivo o no de ciertas expresiones.-

Finalmente ha de tenerse en cuenta que la voluntad del legislador argentino ha sido clara. Por una parte al suprimir la figura penal del desacato ha tenido en cuenta que el honor de los funcionarios tenía protección suficiente con la figura del delito de injuria. Dicho de otro modo, si el legislador igualó expresamente la situación de funcionarios y no funcionarios, de figuras públicas y

privadas ante los ataques que, por cualquier medio, sufriera su honor, no corresponde al intérprete distinguir donde la ley no distingue. Por otra parte el artículo 111 del Código Penal al enumerar los casos en que se podrá probar la verdad de las imputaciones en el delito de injurias, pone expresamente la prueba a cargo del imputado. En la audiencia del artículo 433 del Código Procesal Penal, el defensor recalcó que los hechos publicados eran verdaderos pero la sentencia en recurso no ha tenido por probada tal circunstancia, que, por consecuencia, no puede ser analizada por vía casatoria.-

Conforme a la sentencia en recurso el derecho a la libertad de prensa debería prevalecer sobre el derecho al honor. Para algunos autores, como EKMEKDJIAN, es el honor el que debe prevalecer sobre la libertad de expresión. Una cuidadosa reflexión me lleva a la personal convicción de que ambas posiciones son equivocadas. Criticando a quienes, como John Rawls o Carlos Niño creen que reconocer un derecho a alguien implica reconocerle también cierta capacidad de ejercicio, Mariano Grondona ha dicho que “el hecho de garantizar su capacidad de ejercicio no puede, a veces, conseguirse sino en virtud de una reducción de derechos ajenos”, y añade que hay que remitirse a la Constitución “y el texto constitucional no hace diferencias de derechos, de manera que el intérprete no puede “crear” distinciones sin el riesgo de deformar lo que viene a introducir” (“La reglamentación de los derechos constitucionales Teoría del orden de los derechos”) Bs. As. 1986, pág. 111. Igual opinión expresa Bidart Campos en “Hay un orden jerárquico en los derechos constitucionales?” publicado en E.D. 23-9-85.-

Se concluye de tal modo que no resulta lícito ni razonable sacrificar, innecesariamente, el derecho al honor en aras del derecho de publicar las ideas por medio de la prensa, ya que para armonizar ambos - como propone reiteradamente la Corte Suprema de Justicia- basta con aplicar el antiguo principio conforme al cual los derechos de uno terminan donde comienzan los de otro. Y no es una exigencia de la información aún de hechos graves o reprochables, el empleo de términos injuriosos.-

La libertad de prensa es condición y garantía de todas las libertades públicas y del funcionamiento normal de las instituciones democráticas. La prensa constituye, como ya lo advirtiera Alberdi, un verdadero poder, pero como todo poder no puede ser ilimitado ni omnipotente. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha citado reiteradamente el pasaje en el cual José Manuel Estrada sintetiza magistralmente el rol de la prensa en nuestro sistema constitucional: “las condiciones generales sobre las cuales reposa la libertad de imprenta en la legislación moderna son: La supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una represión puramente judicial contra todos los delitos cometidos por medio de la prensa”. (“Curso de Derecho Constitucional”, Bs. As. 1927, págs. 229/30”).-

Ya Alberdi distinguía claramente entre la libertad de prensa y su uso abusivo, disfuncional. “Hecha para defender las leyes -decía- también es capaz de conculcarlas, y la libertad puede ser atacada con la pluma con más barbarie que con la lanza” (“Derecho Público Provincial” Bs. As. 1956, pág. 102). Y después de elogiar la ley Rivadaviana del 10 de octubre de 1822 que sometió a la justicia ordinaria el juicio y castigo de los abusos de la prensa, agrega que a la luz de esa sabia legislación, durante todo el ministerio de Rivadavia “la autoridad tuvo prestigio, es decir, tuvo autoridad, porque el verdadero sentido de esta palabra no estriba tanto en las bayonetas como en el poder y consideración morales, que no se tiene, seguramente, bajo la detracción y el vituperio”. (ap. cit. pág. 105).-

En razón de lo expuesto voto en el sentido de que corresponde casar la sentencia en recurso y dictar nuevo pronunciamiento, condenando al querellado, don Juan Honofre Amarilla, cuyos datos filiatorios obran en autos, a la pena de \$ Mil quinientos (\$1.500) de multa como autor responsable del delito de injurias (art. 110 del Código Penal, modificado por el artículo 1º inciso 7º de la Ley Nº 24.286), así como al pago de una indemnización por el daño moral causado a la víctima, que se estima prudencialmente en Diez mil pesos (\$ 10.000) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 inciso 1º del Código Penal y las costas del juicio.-

De compartirse este voto corresponde también regular honorarios de los letrados intervinientes, Dr. Luis Alberto Recalde, como apoderado del querellante, en sesenta (60) “jus” y los del Dr. Carlos Honorio Cubillas, defensor del querellado, en cincuenta (50) “Jus” (Ley 512 y modif. , art. 45).-

El Señor Ministro Dr. Ariel Gustavo COLL, DIJO:

Que encontrándose estos autos en estado de dictarse sentencia con relación al recurso de casación planteado por el querellante, contra el fallo Nº 01/94 del Juzgado de Instrucción y Correccional Nº 2, vengo a expresar mi voto en los siguientes términos.-

Que el recurso fue presentado originariamente como remedio procesal extraordinario, fundándose en la causal de “apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso” (fs. 137), recurso que fue tratado por este Superior Tribunal en oportunidad de conocer por la admisibilidad formal concedida en la baja instancia, imprimiéndole en la oportunidad del trámite del recurso de casación, conforme los fundamentos vertidos en el fallo Nº 1288/94 que obra a fs. 148/149 - Siendo así, aquella causal de “apartamiento inequívoco de la solución normativa

prevista para el caso”, no es otra que la prevista en el art. 422 inc. 1º del Código Procesal Penal, conocida como “inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva”, ya que en definitiva lo que se atribuye al fallo recurrido, en el decir del maestro Ricardo Núñez, es “la mala consideración jurídica del caso resuelto” (“el contralor de las sentencias de los Tribunales de Juicio por vía de Casación”, de la serie Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, N° 40, págs. 23 y ss, Lerner, de. 1989).-

Que para el análisis del caso traído a conocimiento de este Tribunal es menester recordar que en la función casatoria, al órgano revisor, le está absolutamente vedado incursionar en el terreno de los hechos, y si bien la distinción entre hecho y derecho en materia casatoria se ha presentado como uno de los problemas fundamentales de la doctrina, la definición se simplifica si recordamos que por “hechos” deben entenderse “los acontecimientos de la vida que constituyen la materia justiciable”, (Núñez, ob. cit. pág. 20) y así son cuestiones de hecho las referentes a los sujetos activos y pasivos del delito, sus condiciones, relaciones, circunstancias, etc., la materialidad del hecho que la ley castiga como delito y sus circunstancias de lugar y tiempo. Por el contrario deben entenderse como “cuestiones de derecho”, todas las referencias a las consideraciones jurídicas de los hechos de la causa, o mas simplificada, todo lo que se vincula con la calificación jurídica del hecho. (Núñez, Ob. cit. p. 22) o la calificación de la conducta del autor.-

La introducción tiene importancia porque, como veremos, en la causa se ha planteado una, por decirlo así, “sub-especie” de la errónea consideración jurídica del caso, ya que el Juez de la causa da por acreditada la “Injuria”, pero despenaliza la conducta del querellado en función de otras consideraciones relacionadas con la llamada “tipicidad conglobante”. Sin embargo, al habilitarse la casación para verificar concluir en que ciertamente, más allá de la decisión del Juzgador de deslindar de responsabilidad al editor por aplicación de la doctrina conocida como “actual malice”, y sobre la cual volveré, es erróneo haber calificado como Injuria a los hechos de la causa, y ello porque está fuera de toda discusión que tanto la Injuria como la Calumnia son los delitos dolosos, y en autos no surge indubitablemente el dolo del autor.-

En principio vale recordar, que está unánimemente aceptado por doctrina y jurisprudencia que integran la definición dogmática de la Injuria tres elementos inescindibles; la “deshonra”, la “difamación”, y el “dolo”. (Vazquez Iruzubieta, Carlos; Código Penal Comentado, Tomo II , pág. 223, de. Plus Ultra, 1970 siendo éste último definido como la intención de producir un agravio (Gonzalez Roura, T. III, n. 39) como así también la “intención o ánimo de deshonrar o desacreditar” (Malagarriga, t. II, p. 165, C.C.C. , 25 VI 926, J.A ., t. 20 , p. 995) , “intención de ofender el honor y buen nombre” (C.C.C., 18-VIII 922, J.A., t. 9. p. 345) “intención de menospreciar” (Peco, Delitos contra el honor, p. 93) o el “ánimo de injuriar” (Nuñez, Ricardo, “Los elementos subjetivos”, p. 47), conceptos todos que se nutren de la definición concreta y básica del delito, cual es “el fin de cometer un delito” o como decía Welzel es el “saber y querer la realización del tipo penal” (cit. por Zaffaroni, tratado., T. III, p. 207 y 208).-

Sin embargo, en la decisión puesta bajo el exámen de esta casación, el magistrado interviniente, en el punto 2-b del fallo recurrido, realiza una dogmática afirmación sobre el dolo en el autor, citando la concurrencia del llamado “dolo cognoscitivo” y el dolo “conotivo”, y dando por sentado el presupuesto de que el mismo existió, sin vincularlo o relacionarlo con elemento probatorio alguno, y si bien luego volve sobre el autor con la teoría de la “actual malice”, -que en el fondo no es mas que el antiguamente conocido “dolo específico”, sólo que con algunos matices particulares-, para exculparlo de responsabilidad, reitero que antes de llegar a esa instancia en el razonamiento debió simplemente verificar, con las constancias de la causa, si concurría en la especie el esencial requisito del dolo tal como fué ya conceptualizado.-

Y es que no debe perderse de vista la base fáctica probatoria que constituyen aquellos hechos a los que hice mención y que son inmodificables, y fundamentalmente dentro de esa base probatoria están indirectamente contenidas las actuaciones administrativas que tramitadas en el seno del Ministerio de Salud Pública de la Provincia, el querellante defiende en su presentación de fs. 78/87 vta. y el querellado critica en su contestación de fs. 105/108.- Así surge con toda nitidez que, refiriéndose ambas partes a un mismo procedimiento administrativo- al punto que se llegan a ofrecer las mismas pruebas documentales- se extraen distintas conclusiones, y particularmente en el escrito de contestación de querrela de fs- 105/108, se profundizan - bien que con mayor tecnicismo jurídico- los cuestionamientos al procedimiento llevado a cabo por el querellante, planteándose numerosos interrogantes, en ese escrito, a partir, curiosamente, de las mismas pruebas ofrecidas por el acusador particular.-

Que llegados a este punto, creo que conviene distinguir en forma precisa entre “información” y “opinión”. una información puede ser veraz o no y se mide a partir de confrontar lo que informa con la realidad que pretende describir, a su vez, si no es veraz, debe igualmente

determinarse si es maliciosa o simplemente equívoca, es decir, si se incurrió en un deliberado falseamiento de los datos que se mencionan o si es producto de una equivocación en la determinación de las fuentes o de su análisis. Va de suyo, que en materia informativa, el dolo va ligado a la información maliciosa o a aquella que se produce sin haber constatado efectivamente la fuente informativa.-

Pero una "opinión" no pasa sin embargo, por el filtro de la verdad o de la mentira, ya que es una valoración, un juicio que se realiza a partir de determinada información, de determinados datos y que se nutre fundamentalmente, a más del dato obtenido, de la escala de valores de quien emite el juicio, de su posición ideológica o filosófica, de su grado de cultura, de su relación con el medio, etc..-

De tal suerte, una opinión, es decir, un juicio de valor, puede ser tipificado como Injuria, cuando se nutre exclusivamente de apreciaciones groseras, humillantes, descalificantes subjetivamente o generada a partir de cuestiones puramente personales o subjetivas.-

Pero cuando de asuntos públicos se trata, se acota aún más el ámbito de aplicación de la Injuria, no ya solamente por las limitaciones expresadas en el párrafo anterior, sino porque no puede privarse al ciudadano, ergo, al periodismo, comunicador o analista, de expresar su opinión sobre determinados negocios públicos, sobre determinados actos públicos o sobre la actividad de la administración en general. Ello es una consecuencia natural del carácter republicano del sistema en que vivimos, desde el momento que una de sus notas salientes es el principio constitucional de "publicidad de los actos de gobierno", y ello significa para el hombre público someterse al juicio de la opinión pública, expresada generalmente, a través de mecanismos o medios de prensa.-

Y es que la conceptualización de la Injuria frente a la prensa tal como se venía haciendo, mecánicamente no puede ignorar que por una evolución natural de las sociedades democráticas, el control de la opinión pública sobre los gobiernos es mayor y progresivo. Los conceptos de "secretos de estado" o "cuestiones reservadas" resultan hoy anacrónicos a la luz de la evolución de la ciencia política y el avance innegable de las libertades públicas. La sociedad percibe y entiende que posee el derecho de conocer primero, sobre las cuestiones referidas a la administración de la cosa pública -derecho a la información- y ya no renuncia a opinar una vez conocida la información, información que el funcionario está constitucionalmente obligado a brindar a fin de evitar que precisamene se generen noticias sin sustento. Así surge, por otro lado, de la Declaración de Chapultepec, suscripta por el Presidente de la Nación en el corriente año (6 de Junio de 1994), uno de cuyos principios contiene la "obligación legal de las autoridades de poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público". (Fuente: La Mañana del 7/06/94- p. 3).-

Ya el Tribunal Constitucional del Reino de España ha tenido oportunidad de señalar que "la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre" (Sentencia N° 12/1988 cit. en "Libertad de expresión e Información y sus límites" de Concepción Carmona Salgado, pág. 19, Edersa, Madrid, 1.991) como así también que la "libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, que comprende no sólo las informaciones consideradas inofensivas o indiferentes o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no puede existir aquel tipo de sociedad" (Sentencia N° 62/1982 en ob. cit. p. 20). Por lo demás este Superior Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de afirmar recientemente y en orden al eventual choque de intereses que puede suscitarse que la "libertad de información y de opinión presuponer un valor preferente sobre otros derechos, es decir, esa libertad ocupa un valor "preferencial" porque su eventual afectación no se limita solo al sujeto concreto, sino a toda comunidad política. (Resolución N° 94/94 dictada en expte. N° 38- F° N° 376- Año 1.994, reg. Sec. de Superintendencia).-

Ahora bien, aclarados tales conceptos y con relación a los hechos comprobados de la causa, no es difícil advertir que tratándose de idéntica fuente de información -tales actuaciones administrativas que se detallan por parte de acusador y acusado- los juicios de valor y los interrogantes que éste último ha vertido en el diario cuya dirección ejerce, sobre los fundamentos para el apartamiento del procedimiento licitatorio y las implicancias administrativas que ello trae consigo -materias estas que no han sido merituadas por el juzgador al no haberse esgrimido la facultad del art. 111 inc. a) del Código Penal- no pueden considerarse válidamente como injurias y

por ende cometidas con el objeto o el ánimo de deshonar o desacreditar, y se encuentran válidamente amparadas en la garantía constitucional de la libertad de expresión de las ideas, desde el momento que se parte del mismo hecho, sobre el cual se extraen en conclusiones que no conforman al querellante, pero que objetivamente encuentran sustento en el derecho a la emisión de juicios críticos sobre determinadas cuestiones públicas, y en cuanto se funda en una distinta valoración que, de las circunstancias que rodean al procedimiento administrativo, realiza el acusado, sin que el querellante hubiera acreditado que se obró con intención deliberada de cometer el delito de Injuria o con el único propósito de desacreditar o finalmente, partiendo de información deliberadamente falsa.-

Es en este punto que confluye la teoría de la “actual malice” que invoca el Juez de la causa para exculpar al querellado, y que en el fondo, no es más conocido “dolo específico”, es decir, la intención deliberada de cometer el delito, para diferenciarlo del dolo indirecto y el dolo eventual. En efecto, el “a quo” señala que cuando de informaciones sobre cuestiones públicas se trata, el funcionario presuntamente difamado debe probar que la información es maliciosa o deliberadamente falsa. En definitiva, siempre la carga de la prueba le corresponde al que acusa, por derivación del principio constitucional de inocencia (art. 18 C.N.), y siempre que pretenda la condena de quien ha vertido expresiones presuntamente injuriosas o calumniosas, se deberá probar que el autor de las ofensas actuó con intención de agraviar o calumniar, sólo que ahora la doctrina citada introduce el matiz de que cuando la ofensa se produce por medio de la prensa, se debe probar que el medio de comunicación actuó con malicia o con conocimiento acabado de que difundía una noticia falsa., siempre que se trate de información sobre cuestiones públicas y funcionarios públicos. Pero más allá de que se comparta o no ésta posición -que en lo personal la comparto- la cuestión en autos tiene adecuada solución si se tiene en cuenta todo lo afirmado sobre la necesaria integración del dolo en la injuria y en la calumnia, y en la ausencia de prueba respecto a la existencia de ese dolo en la conducta del querellado, toda vez que además, se trata de la emisión de juicios de valor e interrogantes sobre un determinado procedimiento administrativo llevado a cabo por un funcionario público, partiendo de los mismos expedientes administrativos, opinión que encuentra amparo en la garantía constitucional que protege la libertad de expresión.-

Que además está decir que los conceptos vertidos, son aplicables también a la figura de la calumnia (art. 109 del C. Penal), en cuanto también el tipo penal se integra necesariamente con el dolo, sin perjuicio de agregar que el recurrente no desvirtúa el argumento principal del juzgador cuando desestima el delito de Calumnias, cual es que las apreciaciones del querellado no están dirigidas a la imputación de un delito de acción pública, sino pretender demostrar por medio de su particular razonamiento, que en el procedimiento en cuestión llevado a cabo en el Ministerio de Salud Pública existieron irregularidades administrativas.-

Que por los motivos expuestos, voto por rechazar el recurso de casación deducido y confirmar la absolución del querellado.-

El Señor Ministro Dr. Carlos Gerardo GONZALEZ, DIJO:

En estos autos caratulados: “GORVEIN RODOLFO S/ QUERELLA P/ CALUMNIA E INJURIAS C/ AMARILLA JUAN H.”, Expte. N° 07/94 del Registro de la Secretaría Criminal, Correccional y de Menores de éste Superior Tribunal de Justicia, puestos a resolución de este Alto Cuerpo, constituido a los efectos como Tribunal de Casación, del Recurso de casación incoado a fs. 136/141 por la parte querellante contra el Fallo N° 01/94 del Juzgado Criminal y Correccional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial que dispone la absolución del señor Juan Honofre Amarilla de los delitos de calumnias e injurias. Recurso que fuera concedido por Resolución N° 05/94 del Juzgado citado (fs. 142 y vta.). Y realizado que fuere el debate ordenado por el art. 433 del Código ritual, vengo a expresar, por compartir los fundamentos del voto emitido por el distinguido Ministro propeinante Dr. Rodolfo R. R. Roquel que me adhiero al mismo.-

Más, estimo también oportuno, formular algunas acotaciones sobre la cuestión recurrida, siempre sin desmerecer que el remedio impugnativo en estudio constriñe la competencia de éste Alto Cuerpo, como Tribunal de Casación al ámbito de las cuestiones de derecho, en este caso a la causal que motiva el art. 422 inc. 1° del Código Procesal Penal de la Provincia; inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.-

En tal sentido me permito opinar que en la audiencia de debate realizada el día lunes 19 de diciembre pasado, el abogado patrocinante del querellante basó los fundamentos del recurso instaurado en los siguientes aspectos: a) que la sentencia recurrida reconoció la lesión sustantiva y objetiva al honor del querellante; b) que no obstante lo dicho, resuelve la causa

privilegiando el derecho de la libertad de prensa sobre el honor, contrariando la jurisprudencia nacional e internacional sobre el tema y los derechos reconocidos en el Pacto de Costa Rica.-

Analizada la causa, y como ya lo advirtió el señor Ministro preopinante el Tribunal a quo dio por acreditado el carácter injurioso de las publicaciones en cuestión. Y es en relación a éste punto que deseo destacar que el artículo publicado en el diario "El Comercial" de fecha 1/10/93, en forma destacada dice: "Antes de renunciar en Salud Pública", como introito del título: "Gorvein: una contratación dudosa de casi 7 millones de dólares" critica en el contenido del artículo el procedimiento seguido que culmina con la firma del contrato con la Cooperativa gastronómica "San Martín Limitada" para suministro de provisiones diarias de raciones para los hospitales de Formosa, Clorinda y El Colorado, cerrando la crítica con las expresiones "a cambio de qué tanta generosidad del Dr. Gorvein con los bienes del Estado?, a quién beneficia este negocio redondo?, seguirá el Dr. Gorvein siendo tan generoso en la Honorable Legislatura?. Si bien tales manifestaciones resultan idóneas para afectar el honor del querellante, podría pensarse que las mismas obedecían a la preocupación del medio de información citado en dilucidar una cuestión que interesaría a la opinión pública y que comprometería al Estado Provincial. Pero, qué sucedió después ...?, el funcionario tocado en su honor exige mediante carta documento se ratifique o rectifique de sus expresiones al director del diario mencionado; y hete aquí, que utilizando nuevamente el poder que le proporciona tener en sus manos un periódico de amplia difusión local, de manera concluyente y sentenciante condena al hoy querellante diciendo en el título de la nota publicada en matutino de fecha 17/10/93: "Gorvein no aclaró las cuestiones turbias del contrato millonario". Se evidencia así la intención de mansillar el honor puesto de manifiesto con insistencia por el querellado, lo que a todas luces excede todos los límites de la información para caer en la injuria cometida por medio de la prensa.-

En el debate, la defensa del imputado expuso que no hubo intención de injuriar, sino de narrar el hecho; sin embargo, puede apreciarse claramente que si así hubiera sido hubiera utilizado la forma potencial de expresión en la narración de sus artículos como generalmente la formulan todos los medios de comunicación serios y como éticamente y jurídicamente corresponde. Resulta oportuno recordar aquí que: "El derecho de informar no contiene la posibilidad de legitimar agravios que exceden el marco propio de la especie que se defiende. Es evidente que la lesividad amparada es la que surge de la propia difusión de una especie que puede ser desdolorosa pero que no supera el marco de una información objetivamente reflejada. En consecuencia, cuando los datos de la realidad son manipulados de modo tal de hacerlos aparecer como juicios de valor, cabe merituar los mismos para determinar si se ha excedido el ámbito del disenso y la crítica, ingresando al terreno de las ofensas" (Cam. Nac. Crim. y Corr. Federal, Sala 2da. 16/11/89- Maltiré, Guillermo y otros", 1.993 -Síntesis J.A. Rep. 1993, p. 692).-

El Tribunal a quo ha dicho que las conductas descriptas resultan idóneas para afectar el honor, tanto en su aspecto subjetivo sustentado en la propia estimación (la honra) como en su aspecto objetivo constituido por el derecho a exigir que no se incite a terceros a formarse una mala opinión sobre su personalidad o a modificarla peyorativamente (crédito, fama o reputación) y agrega que la conducta atribuida al querellado también presenta los requerimientos del tipo subjetivo de la figura penal de injurias, señalando que concurren en la especie, los dos aspectos que integran el dolo: el cognoscitivo y el conativo. El primero comprensivo de la idoneidad gravosa para el honor. Y el segundo, determinado por la dirección impresa a la voluntad tendiente a publicar las manifestaciones pese a conocer su virtualidad. Y ésta virtualidad se ratificó en el debate de este recurso por el defensor de querellado, cuando afirmó que ha iniciado una acción penal tendiente a investigar los hechos referidos en los artículos periodísticos de marras. Cabe pues colegir que si se deben todavía investigar los hechos dados por ciertos en la información, decididamente existió la deliberada intención de injuriar, de lesionar el honor del querellante en las notas publicadas y de referencia supra. No obstante ello, el juzgador absuelve del delito de injurias previsto en el art. 110 del Código Penal Argentino sustentado en la doctrina de "la real malicia", como bien lo apunta el Dr. Roquel en la línea argumental de su voto, que comparto, como ya lo manifesté anteriormente.-

El eminente penalista argentino Dr. Ricardo Núñez en su obra "Tratado de Derecho Penal" T. III, vol. I y II- De. 1964, p. 87, señala lo siguiente: "Los derechos constitucionales del publicar las ideas por la prensa y de enseñar y la garantía de que ellos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio constituyen fuentes de justificación de las manifestaciones ofensivas para terceros que su ejercicio razonable implique. La libertad de la literatura, de las ciencias, de las artes, de la historia, del periodismo, de la política, de la religión, etc., mirados como prensa o como enseñanza, encuentran ahí su resguardo frente a la punibilidad de las injurias. Por supuesto que el límite de esa libertad, vale decir, su EJERCICIO RAZONABLE, no puede estar

señalado por la ofendibilidad de las expresiones... lo que ya no es razonable, exige el destierro de todo aquello ofensivo para el honor de las personas. La narración, la enseñanza y la crítica requieren ante todo la verdad de los hechos, de las opiniones y de los juicios que constituyen su objeto legítimo.-

Es oportuno traer a la memoria lo dicho por Leopoldo Lugones quien expresó: "La honra más alta de la legislación argentina consiste, sin duda, en esto: conforme a la Constitución Federal no existe aquí el delito de imprenta. O en términos filosóficos: la libertad del pensamiento jamás puede constituir delito. Lo único que se castiga es el delito común, cometido por medio de la prensa. Esto equivale, sencillamente, a inaugurar una nueva civilización, puesto que lo contrario de la antigua" (cf. Linares Quintana "Trat. de la Ciencia del Derecho Constitucional", T. IV. p. 508, De. Plus Ultra, Bs. As. 1977/1988. Y me permito decir que es conforme a esta postura que interpreta con equilibrio y justeza los límites de la libertad de prensa y del honor de las personas que los jueces deben merituar en el caso concreto las conductas de los individuos.-

En consecuencia, con lo dicho recientemente, en Fallo de fecha 12/12/91, la Cam. Nac. Civ. Sala C en la causa Triaca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros, ha dicho "Si bien no es dudoso que debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales, ello no impide exigirle que sea veráz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad de las personas, impidiendo la propalación de imputaciones falsas que pueda dañarle injustamente.-

Y la Corte Suprema de Justicia en la causa Abad, Manuel E. y otros 7/4/92, 1993-1-493, Rep. 1993, J.A., expresó: "La "tensión" entre delito y libertad se resuelve amparando la responsabilidad de difundir sin agravios a fin de que la autocensura no degrade a la prensa". Como podrá advertirse y como bien lo expresa Gregorio Badeni en su libro "Libertad de prensa", p. 214, De. 1991, la doctrina de la "real malicia" en nuestra jurisprudencia es imprecisa y vacilante. No se han formulado principios objetivos que permitan sistemáticamente las responsabilidades al margen de la exclusiva consideración de las situaciones fácticas que se presentan en cada caso. Así el 11 de Agosto de 1972, al resolver el caso "Peralta Ramos", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal, sala 4ta., sostuvo que: "El interés público invocado no justifica el descrédito que emana del relato de los hechos, cuya autenticidad no se ha demostrado y en buena medida han sido descalificados".-

Y como bien lo expresa en su voto el Dr. Roquel, la doctrina de la "real malicia" no puede ser traspolada lisa y llanamente del derecho norteamericano al argentino; habiéndose tipificado la conducta del querellado en la figura de injurias prevista en el art. 110 del Código Penal Argentino, conforme fue acreditado el contenido agravante de las publicaciones y el dolo que requiere este delito, estimo que corresponde casar la sentencia impugnada y consecuentemente dictar nueva resolución, condenando al señor JUAN HONOFRE AMARILLA, querellado en autos, a la pena del pago de Un mil quinientos pesos (\$ 1.500) de multa como autor responsable del delito de injurias (art. 110 del C. Penal, modificado por el art. 1º, inc. 7º de la Ley 24.286), como asimismo al pago de la suma de Diez mil pesos (\$ 10.000), como indemnización por el daño moral causado a la víctima, ello conforme al artículo 29 inc. 1º del C. Penal, y las costas del juicio. Regulándose los honorarios profesionales de los Dres. Luis Alberto Recalde - apoderado del querellante- en sesenta (60) "jus" y Carlos Honorio Cubillas - defensor del querellado- en cincuenta (50) "jus", de conformidad con lo previsto en el art. 45 de la Ley Nº 512 y sus modificatorias.-

El Señor Ministro Dr. Jorge TALAGAÑIS URQUIZA, DIJO:

1.- Que desde la vigencia del nuevo Código de Procedimientos en lo Criminal, que acogiera en el ámbito recursivo la casación, este Alto Tribunal ha venido delineando el marco dentro del cual asume su competencia como Tribunal de la materia, y, siempre partiendo de la premisa de que dicha instancia es excepcional, ha sostenido que en el juicio casatorio -como el que nos ocupa- lo que se juzga es una sentencia, un pronunciamiento jurisdiccional, limitándose la competencia funcional del Tribunal a controlar la definición jurídica substantiva hecha por el a-quo en tanto los hechos llegan intangiblemente fijados por el Tribunal de mérito, esto es así, vale recordarlo, porque el recurso de casación no es sino una vía impugnativa que tiende a reparar el error jurídico de la sentencia (cfr. Fallos 1247/92, 1285/94, 1284/94 entre otros del S.T.J.), cuestión ésta fundamental toda vez que aquella fijación de los hechos es la que sella la suerte de estos actuados y torna, permítaseme adelantar, estériles los esfuerzos desplegados por el defensor del querellado en la audiencia de debate, donde pretende -como lo volveremos a ver- que no existió ánimo de injuriar, sino tan sólo de informar, olvidando que su parte dejó firme aquella determinación intangible de los

hechos que hace el juez y que tal como lo destaca el Dr. Roquel en su voto, tiene por acreditado el carácter injurioso de las publicaciones en cuestión, siendo definitivamente esclarecedores los conceptos del sentenciante cuando señala que “las expresiones descriptas- consideradas como un conjunto crítico- resultan idóneas para afectar el honor, tanto en su aspecto subjetivo sustentado en la propia estimación (la honra), como en su aspecto objetivo constituido por el derecho a exigir que no se incite a terceros a formarse una mala opinión sobre su personalidad o a modificarla peyorativamente (crédito, fama o reputación)” (cfr. fs. 128 vta. y 129).

2.- En este orden de ideas, surge indiscutible que las publicaciones aparecidas en el matutino local “El Comercial” que dieron origen a la presente causa, contienen afirmaciones que en la convicción del juez son injuriantes conforme lo prescribe el art. 110 del Código Penal; en efecto, en tal sentido expresamente señala que aquellas “...aluden al Dr. Gorvein -entonces Ministro de la Salud Pública de la Provincia- de manera susceptible de afectar su honra y su crédito, bienes jurídicos penalmente tutelados en el tipo considerado (fs. 127 vta. y 128)”, agregando luego y como si hiciera referencia, que tales expresiones resultan idóneas para afectar el honor, para concluir en que la conducta del querellado, a más de presentar los requerimientos objetivos de la figura penal tratada, reúne los subjetivos, esto es el dolo, tanto por la idoneidad gravosa de las afirmaciones contenidas en los artículos periodísticos (aspecto cognoscitivo) como por la dirección impresa tendiente a publicar las manifestaciones pese a conocer su virtualidad (aspecto conativo) (ver fs. 129).

3.- Que cree importante reafirmar estos conceptos, toda vez que el caso traído a estos estrados lleva al Tribunal a dilucidar si la sentencia que rola a fs. 127/132 vta. que absuelve al querellado Juan H. Amarilla del delito de

calumnias e injurias, trasunta una inobservancia o errónea aplicación de la ley penal substantiva conforme lo permite el art. 422 inc. 1º del código de rito-. esto es, nos cabe analizar el juicio de derecho contenido en el pronunciamiento impugnado conforme esos derechos ya merituados oportunamente por el juzgador.

4.- Deviene necesario poner de resalto los fundamentos que se esgrimen en el pronunciamiento recurrido puesto que pese a reconocer claramente en las publicaciones la configuración del tipo previsto en el art. 110 del Código Penal, absuelve al querellado conjugando para ello por un lado la doctrina de los tipos conglobantes (elaborada por Zaffaroni) y por otro, el test de la real malicia (cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de los Estados Unidos); en este respecto, me parecen harto suficientes y de suma claridad los fundamentos aducidos por el Sr. Ministro preopinante Dr. Roquel, que en ilustrado voto demuestra la inviabilidad de colacionar a este particular caso ambas doctrinas, al menos tal como las plantea la sentencia, fundamentos a los que adhiero sin perjuicio de detenerme en el análisis de la doctrina de la real malicia, pues de todo lo actuado en esta causa, en mi opinión es en esta cuestión donde se asienta con mayor nitidez el equivoco del juzgador, ello así por pretender encontrar en tales argumentos la excusa absolutoria que le permite apartarse de lo expresamente señalado por el legislador en el mentado art. 110.-

5.- En efecto, el fallo recurrido trae a colación la mencionada doctrina puesto que en opinión del juez sentenciante estamos en presencia de un virtual conflicto de derechos amparados constitucionalmente; el derecho al honor y el derecho a la libertad de prensa; ante tal disyuntiva halla en la real malicia el fundamento para preferir la preponderancia de uno sobre otro.-

La doctrina de la real malicia (“actual malice” para el derecho norteamericano) receptada en ocasiones y no en forma unánime por algunos de los miembros del más Alto Tribunal de la Nación (verbi gracia en la causa “Vago Jorge A. c. Ediciones La Urraca S.A. y otros” CSJN nov. 19 de 1991 según el voto de los Ministros Fayt, Barra y Nazareno; y “Abad Manuel E. y Otros” CSJN abril 7 de 1992 conforme voto de los Ministros Cavagna, Martínez, Fayt y Barra), se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas, en otros términos, se invierte la carga de la prueba “obligando a la víctima de la noticia dañina a demostrar que el periodista tenía conocimiento de su falsedad o que al menos actuó con culpa grave en la investigación de la misma (Ekmekdjian Miguel Angel, “Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa” La Ley 1992-D-180/181). Pero bien que debemos destacar que para tal aplicación han reconocido expresamente sus sostenedores: “que la recepción de la doctrina (test) de la real malicia no significa ignorar las diferentes condiciones impuestas por la realidad del desarrollo de la libertad de expresión

y derecho de prensa en los Estados Unidos y en nuestro país. Tampoco que el nivel de vida, los indicadores políticos, económicos, sociales y culturales, entre otros no son equivalentes, como no lo son "las normas, ni los hechos, ni las valoraciones que prevalecen en nuestro ambiente" (Bidegain Carlos M. "La libertad de expresión: Freedom of speech and press de los norteamericanos" La Ley 82, 917/952). La opinión de hombres como Holmes, Brandeis, Cardozo, Stone, Buttege, Murphy, Frankfurter, Black, Douglas, Jackson y otros de pareja estatura intelectual y moral" tiene esencial apoyo en las condiciones peculiares de la vida que se vive allá y no pueden tomarse como expresiones de valor universal, aplicables a todas las sociedades y a todos los sistemas jurídicos". Pero una detenida reflexión sobre los sentimientos de amor a la libertad que tiene nuestro pueblo y la convicción de que a partir de 1983 se ha iniciado en el país. La consolidación de la república democrática conduce a la adopción -no dogmática- de técnicas de protección al derecho de prensa, reconociendo a las informaciones sobre cuestiones institucionales la presunción de legitimidad de lo publicado y la inversión de la prueba". (Considerando 12 del fallo dictado por la C.S. in re "VAGO Jorge").-

6.- Y es que precisamente como se desprende de este último párrafo, si el criterio que sostuvieron algunos integrantes del más Alto Tribunal en aquél caso particular para una aplicación que se reconoce forzada a nuestra realidad del test de la real malicia, ha sido como vimos, esa detenida reflexión que conduce a la adopción -no dogmática- de técnicas de protección al derecho de prensa, ello precisamente excluye su aplicación en el caso de autos. Y esto es así porque las circunstancias particulares que se verifican en la causa -y que se ponen de relieve en los votos precedentes- hacen concluir al a-quo que existió dolo tanto por la idoneidad gravosa para el honor de las afirmaciones contenidas en los artículos periodísticos, como por la voluntad del querellado tendiente a publicar las manifestaciones pese a conocer su virtualidad. Más aún, ahondando en esta idea señala que "no modifica este aserto el hecho de que la voluntad haya estado principalmente determinada por la finalidad de informar, pues basta para confirmar el carácter doloso de la conducta que su autor se represente la realización del tipo penal y se conforme con ella (cfr. fs. 129). De lo expuesto claramente surge que no le asiste razón al apoderado del querellado cuando en la audiencia puntualiza que solo existió animus narrandi, toda vez que como vimos, a criterio del juez existe el ánimo de injuriar limitándose a utilizar el test de la real malicia -doctrina no colacionable a estas actuaciones- como verdadera excusa absolutoria que libere al querellado de las consecuencias del art. 110 del Código Penal.-

7.- Que con lo hasta acá dicho cabe concluir que el fallo en crisis ha incurrido en la causal prevista por el art. 422 inc. 1º) -esto es inobservancia de la ley penal sustantiva- ya que comprobado que fuera que la conducta del querellado se encuadra en la figura penal de la injuria, no corresponde sino aplicar la pena que dicha norma establece, más aún cuando no se dieron en autos ninguna de las situaciones que expresamente señala el art. 111 de la ley de fondo (ni insistió la defensa con que se recepte su derecho a probar la verdad de sus dichos) y que de darse podrían haber eximido al demandado, limitándose el defensor a recalcar en la audiencia de debate que los hechos publicados eran verdaderos, pero conformándose con el pronunciamiento en recurso que no ha tenido por probada tal circunstancia, razón por la cual no puede ser materia de análisis en esta instancia.-

8.- Que además, permítaseme reflexionar, que si lo que se ha pretendido como dijera, es proteger los derechos de la prensa, se refuerza con las constancias señaladas en este caso mi íntima convicción de que la verdadera defensa de la libertad de prensa y el auténtico respeto a la función del periodismo en una sociedad civilizada y democrática debe partir de la premisa esencial y no negociable de un ejercicio responsable del mismo. No existe peor afrenta, peor ataque, peor violación a tan eminente derecho que su ejercicio bastardo y excesivo. En la difícil tarea que los jueces y tribunales desarrollan a diario tendientes al logro del viejo anhelo de "dar a cada uno lo suyo" encontraríamos una grave falencia funcional si se tolerara el exceso que realmente desbalanceara el brazo de la justicia afectando con grave desmedro de las garantías constitucionales los derechos que poseen quienes acuden a sus estrados en defensa de su honra y su dignidad. Es por otra parte ésta la línea en la que se ha mantenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo que dictara en la causa "Ponzettide Balbín Indalia c. Editorial Atlántida S.A.(CS dic. 11 de 1984) a cuyos extensos fundamentos remito en aras de la brevedad pero que se resumen, en lo que nos interesa, en la imposibilidad de amparar la impunidad de quien utiliza la prensa como medio para cometer delitos. Similar criterio receptado por el Pacto de San José de Costa Rica cuando en su artículo 13 indica que el derecho a la libre expresión e información no es absoluto, sino que está sujeto a responsabilidades ulteriores, declarando viables las mismas cuando ellas estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias para asegurar el respeto de los derechos o reputación de los demás (cfr. art. 13 párr. 2 ap. a).-

En definitiva, receptando extensa doctrina en la materia, concluimos en que el principio fundamental de la libertad de pensamiento de prensa excluye por lo tanto el ejercicio restrictivo de la censura previa, pero en manera alguna exime de responsabilidad al abuso y al delito en que se incurra por este medio, y es que como con certeza señala en su voto el Dr. Roquel, con citas de Ekmekdjian, Grondona y Bidart Campos, no es posible desjerarquizar algunos derechos de raigambre constitucional en desmedro de otros, y trataré de redondear la idea, agregando que precisamente la tarea de armonizar la pacífica coexistencia de los diversos derechos, constituye nuestra tarea fundamental.

9.- Que en mérito a lo expuesto, voto coincidentemente con los Sres. Ministros Dres. Rodolfo Ricardo Raúl Roquel y Carlos Gerardo Gonzalez por hacer lugar al recurso que nos ocupa, por lo cual corresponde casar la sentencia y dictar nuevo pronunciamiento conforme los fundamentos señalados, condenando al querellado JUAN H. AMARILLA, cuyos datos filiatorios obran en autos a la pena de Un mil quinientos pesos (\$1.500) de multa como responsable del delito de injurias (art. 110 del Código Penal, modif. por el art. 1º inc. 7) de la ley 24.286) así como el pago de una indemnización por el daño moral causado a la víctima que se estima en Diez mil pesos (\$10.000) de conformidad con lo que dispone el art. 29 inc. 1º del C.P. y con costas al demandado perdedor, a cuyo fin se regulan los honorarios de los letrados intervinientes, Dr. Luis A. Recalde (h) como apoderado del actor en la cantidad de sesenta (60) "Jus" y los del Dr. Carlos H. CUBILLAS, defensor del querellado en cincuenta (50) "Jus" (art. 45 ley 512 y modif.). Así voto.-

La Sra. Ministro Subrogante legal Dra. Belkys Edith DIEZ DE CARDONA,
DIJO:

El querellante, Dr. Diego Rodolfo Gorvein, por medio de su apoderado interpone por ante el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley N°48 contra el Fallo N°1 de fecha 20 de mayo de 1994 dictado por el Señor Juez en lo Criminal y Correccional N°2, por el que se dispone la absolución del Sr. Juan H. Amarilla de los delitos de injurias y calumnias -en concurso ideal- (arts. 109 y 110 del Código Penal). El recurrente solicita se haga lugar al recurso que plantea y se invalide el fallo impugnado.-

El Exmo. Superior Tribunal de Justicia por Fallo N° 1288 del 27 de septiembre de 1994, sostuvo que, en el caso, el recurso aún con errónea denominación, guarda los requisitos propios del recurso de casación y ha sido interpuesto en término, razón por la cual y por aplicación del principio "iura novit curia" le imprime el trámite de este remedio procesal y ordena que vuelvan los autos al inferior para que proceda a emplazar a las partes conforme a lo previsto en el artículo 429 del C.P.P.. Cumplido el trámite correspondiente se eleva nuevamente la causa a consideración del Excmo. Superior Tribunal. Realizada la audiencia que prevee el artículo 433 del citado Código, se encuentran los autos en estado de resolver el referido recurso.-

A los fines de su consideración cabe tener en cuenta que el querellante finca su agravio en que "...la sentencia recurrida resulta arbitraria por apartamiento del derecho positivo vigente y de aplicación al caso concreto...", por lo que cabe encuadrar el caso en la preceptiva del art. 422, inc. 1º del mencionado Código (inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva). En consecuencia, la instancia de casación se abre para examinar cuestiones jurídicas, debiendo tenerse por firme los hechos declarados por el Juez de mérito; no obstante, la casación sin variarlos, debe determinar su real significado jurídico (conf. S.C. Bs. As. y Sent. 1977, v. III, p. 460), lo cual implica que sin apartarse de los que se han tenido válidamente por verificados, ha de analizar la valoración o conclusión intelectual a que ha llegado el juzgador.-

A tal efecto cabe tener como hechos indiscutibles, las notas periodísticas aparecidas en el diario "El Comercial" del 1º de octubre de 1993 y del 17 de octubre del mismo año, así como el carácter de Director Editor de dicho periódico que revestía el querellado al publicarse los referidos artículos, que se le atribuyeron por carecer de indicación de su autor material; siendo tarea del Tribunal determinar si la solución dada al caso por el juez "a quo" importa un apartamiento de la normativa que resulta aplicable a los hechos probados en la causa.-

El análisis del fallo revela que el juzgante descarta el delito de calumnias por entender que la conducta atribuida al querellado no reúne los requerimientos típicos previstos en el art. 109 del Código Penal que exige la falsa imputación de un delito de acción pública.-

Por su parte el recurrente, expresa que "...el juzgador considera probada y encuadradas perfectamente la configuración de los delitos de calumnias e injurias por parte del querellado..."; y, refiere que se han dado en la presente causa todos los elementos que los tipifican.-

Como queda dicho, el juez de grado no admite el delito de calumnias; y si bien el querellante analiza los elementos que lo constituyen, no especifica qué delito se imputaría al Dr. Gorvein a través de las publicaciones periodísticas, ni menciona la disposición en que se encuadraría la conducta atribuida al querellante. De allí que -a mi criterio- no aparecen desvirtuados los conceptos del sentenciante, conforme a los cuales: "En las publicaciones examinadas, el criterio periodístico está orientado a demostrar el apartamiento de la contratación cuestionada del principio licitatorio en materia de selección del contratista particular. No obstante, el hecho de que se indiquen el expediente en el que tramitó la contratación y el acto administrativo de autorización excluyen la imputación de un delito, como lo exige la figura mencionada".-

En consecuencia estimo que no existe apartamiento de la ley por parte del "a quo", en cuanto absuelve al querellado del delito de calumnias.-

Con respecto al delito de injurias, expresa el sentenciante que la conducta atribuida al querellado presenta los requerimientos del tipo objetivo de la figura de injurias, en los términos del art. 110 del Código Penal, pero considera que el juicio de tipicidad de la conducta no se agota en la verificación de su contrariedad con la norma prohibitiva que informa al tipo legal; citando a Zaffaroni y Bacigalupo, afirma: "Es preciso -además- considerar si la conducta está efectivamente prohibida conforme al alcance prohibitivo de la norma tomada como una parte del orden normativo, conglobada en el universo de normas prohibitivas del que forma parte". Manifiesta que esta comprobación resulta especialmente necesaria en el presente caso pues el alcance de la prohibición pudiera estar condicionado por la vigencia de la libertad de prensa que garantizan los artículos 14 y 32 de la Constitución Provincial. Formula consideraciones respecto al carácter que debe asignarse a la libertad de expresión; hace referencia al camino transitado por la jurisprudencia nacional y extranjera a partir del fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos dictado el 9 de Marzo de 1984 en la causa "New York Times Co. c/ Sullivan" cuyos principios -a su entender- "resultan nítidamente colacionables" a la solución del caso en examen. En síntesis estima, "que la conducta del querellado resulta atípica pues la prohibición de afectar el honor de un tercero conglobada con las demás normas del ordenamiento jurídico resulta limitada en aquellos supuestos en que se discutan, critiquen o cuestionen asuntos de interés público".-

El querellante considera que la sentencia que impugna deviene conculcatoria de los esenciales derechos constitucionales, tales como la garantía de defensa, de igualdad ante la ley y del debido proceso (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional) y la protección a la honra, reputación y vida privada y familiar, cuando ésta sea lesionada por cualquiera de los medios de difusión de las ideas del pensamiento (arts. 10 y 12 de la Constitución Provincial).-

Manifiesta el recurrente, que el sentenciante tras un incomprensible alegato a través de transcripciones jurisprudenciales extranjeras a la no impunidad de la prensa, amparados en la libertad de expresión de las ideas, concluye en que existen dos principios colacionables (el honor y la libertad de prensa) y que el segundo debe priorizarse al haberse abordado una cuestión concerniente al interés general, criticando la actuación de un funcionario público, y al respecto refiere el querellante: "En términos el juzgador autoriza al descrédito a la injuria, la calumnia, por el solo hecho que el querellado está protegido por la libertad de prensa".-

Resume las argumentaciones que fundan su recurso, expresando: "...el juzgador considera probadas y encuadradas perfectamente la configuración de los delitos de calumnias e injurias por parte del querellado, pero, ante un bien supremo tutelado, como es la libertad de prensa resuelve absolver al querellado, transgrediendo lisa y llanamente, y más aún permitiendo el avasallamiento del honor del querellante amparado en un derecho supuestamente inalienable de la libertad de prensa".-

Los conceptos vertidos por el juzgador y las argumentaciones del querellante, imponen determinar si se aplicó correctamente el derecho sustantivo con respecto al delito de injurias.-

Al respecto comparto el criterio del Dr. Coll referido a que la injuria es un delito doloso y que en autos no está manifiesto el dolo del querellado. Es evidente, que la nota más característica de la injuria es la voluntad de ofender del sujeto activo, por ello para que el delito se

configure es necesario que se acredite dicho extremo (conf. Silvina G. Cattucci, "Calumnias e Injurias a la luz de la Jurisprudencia", pág. 84); y ello -a mi entender- no ocurre en el caso en análisis.-

Las publicaciones atacadas dan cuenta de una situación documentada a través de actuaciones administrativas tramitadas en el Ministerio de Salud Pública a las que -como destaca el Dr. Coll- acuden tanto el querellante como el querellado a fin de sustentar sus respectivas posturas.-

Por otra parte, la circunstancia de tratarse de publicaciones periódicas referidas a una cuestión de interés general, y de ser afectado una figura pública confiere al caso características que no pueden dejar de tenerse en cuenta.-

Figuras públicas, conforme las conceptualiza Muños Machado son aquellas personas que "por sus actuaciones" forma, modo de vida, o por haber adoptado una determinada profesión crean en el público un legítimo interés por su actividad", y, acota Morello, en sus manifestaciones públicas que son aquellas que trascienden de la privacidad, asuntos y carácter que los llevan a ser personajes públicos y que entonces encuentran en "zona de riesgo", casi consentido porque forma parte de su metier (conf. " Libertad de Prensa y Responsabilidad Civil...", trabajo de Augusto Mario Morello, publicado en J.A.-1992-I-pág. 567).-

Con especial referencia a la situación de los funcionarios públicos frente a la prensa, sostuvo la Corte Suprema de Justicia que, dentro de lo que podría llamarse la "protección fuerte del ciudadano común", cabe efectuar una distinción fundada en el grado de notoriedad pública del sujeto pasivo supuestamente vulnerado por la circulación de noticias referentes a su conducta, toda vez que no puede equipararse la situación de un ministro de gobierno con la de un anónimo empleado de una repartición estatal circunstancialmente vinculado a un asunto público, si sólo se considera que las instancias de acceso a la opinión pública de este último son prácticamene escasas o nulas, no así en el otro supuesto considerado, por lo que cabría acordarle al empleado una mayor protección en esta esfera (conf. J.A. 1987-II-P. 140).-

Esta situación de "debilidad" de los funcionarios que por su mayor rango están más expuestos a las críticas de la prensa, lo cual no autoriza a que por medio de ellas se llegue a la injuria o la calumnia, exige un análisis cuidadoso de los términos en que fue redactada la noticia.-

Resultan oportunos, al efecto, los conceptos vertidos por Ramón Lascano, como Procurador General de la Nación al dictaminar en autos: "Moreno, Alejandro y Timmerman, Jacobo", donde sostuvo que "las críticas efectuadas por medio de la prensa al desempeño de las funciones públicas, aún cuando se encuentren formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, con dureza o causticidad, apelando a expresiones irritables, ásperas u hostiles, y siempre que se mantengan dentro de los límites de la buena fe aunque puedan originar desprestigio y menoscabo para el funcionario de cuyo desempeño se trate, no deben ser sancionadas penalmente como injurias, excepto que resulte de los propios términos de la publicación, o se pruebe de otro modo, la existencia del propósito primario de lesionar el honor o causar daño, como ocurre cuando se utilizan contra la persona epítetos groseros y denigrantes, o se invade el ámbito de la vida privada del ofendido" (conf. El Derecho, t. 20, pág. 196).-

Examinadas las publicaciones de figuración en autos, a la luz de estas pautas, no se advierte -a mi criterio- la intensión maliciosa de ofender el honor del querellante, siendo sí, evidente, el propósito de poner a consideración de la opinión pública y cuestionar su actuación en la esfera de la función pública que le era propia.-

Por ello, estimo, que no es necesario apelar a la teoría de la "actual malice", elaborada por la jurisprudencia norteamericana, llamada en nuestro país de la "malicia real" y aceptada por tratadistas y tribunales (conf. trabajo de Augusto Belluscio con la colaboración de Susana M.R. Lima "Daños causados por la publicación de noticias", en la obra: "Derecho de Daños", primera parte, pág. 371; Corte Suprema de Justicia en autos: "VAGO, Jorge A. V. Ediciones de La Urraca S.A." con nota de Augusto Mario Morello "Libertad de Prensa y Responsabilidad Civil (La legitimación de quien es "Figura pública" y la prueba de la "Malicia Real" -"Actual Malice"- " J.A.-1992-I-p.659; C. Nac. Civil, Sala C, fallo con nota de Ramón Daniel Pizarro "Responsabilidad civil de los medios de prensa por la difusión de una información inactual", J.A. 1992-III-p. 137; C. N. Criminal y Correccional, Sala V, en autos: "Herrera de Noble, Ernestina L.", con nota de Gregorio Badeni, "La responsabilidad penal de los directores de los medios de prensa", La Ley t.19-92-B, p. 437, entre

otros), para concluir que la solución a que arriba el sentenciante no importa inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en los términos del artículo 422, inc. 1º del Código Penal.

En consecuencia, voto por que se rechace el recurso de casación deducido y se confirme la absolución del querellado.

Por ello y con las opiniones concordantes de los Señores Ministros Dres. Rodolfo Ricardo Raúl Roquel, Carlos Gerardo Gonzalez y Jorge Talagañis Urquiza, forman la mayoría absoluta que prescribe el art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Nº 521 y sus modificatorias) y Acordada Nº 1758 punto 9º ap.I del S.T.J.; por lo que de conformidad con las precedentes consideraciones; el

EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al RECURSO de fs. 136/141 interpuesto por el Apoderado del Querellante y en consecuencia CASAR la Sentencia N°: 01/94 obrante a fs. 127 a 132 vta., por cuanto en la misma se ha incurrido en errónea aplicación de la Ley sustantiva (arts. 422 inc. 1º y 435 del Código Procesal Penal de la Provincia).

2.- Condenar al querellado Juan Honofre AMARILLA, cuyos datos filiatorios obran en autos, a la pena de UN MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.500) de multa como responsable del delito de INJURIAS (art. 110 del Código Penal, modificado por el art. 1º Inc. 7º de la Ley 24.286), así como al pago de una indemnización por el daño moral causado a la víctima Dr. Diego Rodolfo GORVEIN que se estima en Pesos DIEZ MIL (\$10.000) de conformidad con lo que dispone el art. 29 inc. 1º del Código Penal y con costas al demandado perdidoso, a cuyo fin se regulan los Honorarios Profesionales de los letrados intervinientes, Dr. Luis Alberto RECALDE (h) como apoderado del QUERELLANTE en la cantidad de SESENTA (60) JUS y los del Dr. Carlos Honorio CUBILLAS como defensor del QUERELLADO en CINCUENTA (50) JUS (art. 45 de la Ley Nº 512 y modificatoria).

3.- Regístrese, notifíquese, cúmplase, oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen y ejecutoriada que fuere, ARCHIVESE.

Fdo.: Rodolfo Ricardo Raul Roquel. Ariel Gustavo Coll -en disidencia-. Carlos Gerardo Gonzalez. Jorge Talagañis Urquiza. Belkys Edith Diez de Cardona -en disidencia-. ANTE MI: Dra. Eugenia T. Caballero. Secretaria Superior Tribunal de Justicia.