

*Los delitos contra el honor y la garantía constitucional de libertad de expresión a la luz de la reciente modificación introducida por ley N° 26.551.\**

Sumario: I- Introducción. II- Derecho al honor vs. libertad de expresión. a- Criterios de la CSJN a partir de las doctrinas de la “real malicia” y “Campillay”. III- Antecedente directo de la reforma de la ley 26.551: Caso Kimel. a- Breve reseña de los hechos. b- Pautas fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV- Las modificaciones instauradas por la ley 26.551. V- Conclusión.

### I- Introducción.

Nuestro país ha sido de víctima de la intolerancia en distintas etapas de su historia política. Prueba de ello lo constituyen las prohibiciones y persecuciones de aquéllos que pensaron diferente, periodos en los que muchas ideas fueron silenciadas, a veces hasta ferozmente, por las ideas oficiales.

Sin embargo, superado este escenario y asumido el compromiso con una forma democrática de gobierno, las libertades de los individuos fueron recuperando sus espacios retaceados, encontrando su protección en la letra de nuestra Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos de igual jerarquía. Esta reivindicación implica asumir una serie de compromisos con la sociedad, los cuales tienen como base las libertades de los individuos que la conforman, entre las que se encuentra la libertad de expresión. La misma se informa por el debate político, el pluralismo informativo, la prohibición de la censura, la disidencia ideológica, entre otros aspectos.

Tal libertad constitucional muchas veces colisiona con otros derechos de igual envergadura, entre ellos, el honor de las personas. Este conflicto ha suscitado numerosos vaivenes en la jurisprudencia argentina y la elaboración de corrientes doctrinarias.

En ese marco, el presente trabajo tendrá por objeto realizar, en primer lugar, una breve consideración del objeto de protección penal del Título II, delitos contra el honor. En segundo lugar, se explicitará el conflicto existente entre el mencionado bien jurídico protegido y la garantía constitucional de libertad de expresión, abordando los lineamientos fijados por la jurisprudencia de la CSJN en la resolución de los casos llegados a su conocimiento, centrandose el análisis en la aplicación de las doctrinas conocidas como “*real malicia*” y “*Campillay*”. En ese sentido, y en tercer lugar, se abordará la modificación introducida por la ley N° 26.551 a los delitos contra el honor. A tales efectos, se tendrán en cuenta las consideraciones vertidas

---

\* Abogadas Natalia Margosian y María Marta Schianni. Adscriptas de la asignatura Derecho Penal I, cátedra “B”. Correos electrónicos: natimargosian@hotmail.com y mschianni@hotmail.com

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Kimel vs. Argentina”, como antecedente directo de la reforma bajo estudio.

## II- Derecho al honor vs. libertad de expresión

El título II del CP sanciona aquellas conductas atentatorias contra el honor de las personas. Se entiende por honor al conjunto de cualidades valiosas que posee el individuo en sus relaciones sociales, jurídicas, laborales, profesionales, morales, etc. El mismo tiene un doble matiz, uno objetivo y otro subjetivo. El primero consiste en la atribución de cualidades por parte de terceros al interesado, esto es, el crédito o reputación, que se vulnera mediante la difamación<sup>1</sup>. Mientras que el honor subjetivo es el juicio que cada uno se forma de sí mismo, la autovaloración u honra, que se menoscaba mediante la contumelia<sup>2, 3</sup>.

Asimismo, debemos recordar que en nuestro sistema la protección del honor se realiza de un modo abstracto, esto es, se trata de una cualidad que “...se considera poseída por todos los individuos. No constituye, pues, presupuesto de punición que el sujeto pasivo de la ofensa posea, en realidad las cualidades valiosas que se le niegan a formularla. La ley parte del principio de que siempre existe honor en cada uno...”<sup>4</sup>. De lo dicho se infiere que no existen los deshonorados y, en consecuencia, debe reconocerse la existencia de honor en los incapaces mentales y los menores de edad, a quienes se les afectaría el denominado honor objetivo, es decir, el crédito.

Este derecho tiene reconocimiento constitucional de carácter expreso a partir de la reforma del año 1994 con la incorporación de los tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22° C.N.), a saber: art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Por otra parte, el otro derecho fundamental objeto de estudio del presente trabajo es la libertad de expresión que representa una garantía constitucional consagrada en los arts. 14 y 32 de la C.N. y que consiste en la facultad de expresar y publicar los pensamientos, opiniones e ideas por cualquier medio. Asimismo, de acuerdo a los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 5-85, la libertad de expresión tiene dos dimensiones: a) dimensión individual que requiere que nadie sea abiertamente

---

<sup>1</sup> Difamación: consiste en desacreditar a alguien, de palabra o por escrito, publicando algo contra su buena opinión o fama.

<sup>2</sup> Contumelia: Oprobio, injuria u ofensa dicha a alguien en su cara.

<sup>3</sup> NUÑEZ, R. C., *Derecho Penal Argentino Parte Especial*. Tomo IV. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires 1964, pp. 17/20; SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo III. T.E.A. Buenos Aires 1983, pp. 183/190; CREUS, Carlos; BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Astrea. Buenos Aires. 2007, pp. 131/134.

<sup>4</sup> CREUS, Carlos-BUOMPADRE, Jorge Eduardo, ob. cit. pág. 132.

menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto un derecho de cada individuo y b) dimensión social que implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

En el marco de los Tratados de Derechos Humanos, la libertad de expresión se encuentra amparada en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En mérito a la normativa reseñada anteriormente se desprende que tanto la libertad de expresión como el derecho al honor constituyen derechos fundamentales del hombre con idéntica prevalencia constitucional. Esta circunstancia ha generado diversidad de opiniones en la doctrina ante una eventual colisión, algunas de ellas poniendo mayor énfasis en la protección al honor y otras a la libertad de expresión.

A los fines de resolver el conflicto entre estos derechos cabe destacar el método denominado “balancing-test” o teoría de los valores reseñado por el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia por el cual: “no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege... Este método ha sido adoptado por el Tribunal Superior de Justicia en cuestiones de distinta naturaleza (TSJ en pleno - Carranza Sentencia N° 33, 25/8/97 Sala Cont. Adm.- y -Aguirre Domínguez Sent. 76,11/12/97- Sala Penal) que tienen en común con la presente el conflicto entre derechos e intereses de igual rango normativo, que en lugar de resolverse atendiendo a la supremacía absoluta de uno sobre otro, pondera a todos los derechos como limitados y analiza en cada caso concreto la razonabilidad de la restricción de uno por otro”.<sup>5</sup>

De lo expuesto se infiere el carácter limitado de los derechos en cuestión por lo que deberá ponderarse en cada caso concreto la prevalencia de uno sobre otro procurando el equilibrio de los intereses en juego sin caer en jerarquizaciones abstractas. Tal interpretación se encuentra en concordancia con lo dispuesto por el art. 28 de la CN y los arts. 30 y 32 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido que no existen derechos absolutos, antes bien, los mismos se encuentran limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio y por los derechos de los demás.

---

<sup>5</sup> TSJ, Sala Penal “Querrela de Miguel Angel Caruso c/ Luís Eduardo Remonda” Expte. “Q”, 2/98, sent. N° 108 (en línea), Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 5/5/2010).

#### a- Criterios de la CSJN a partir de las doctrinas de la “real malicia” y “Campillay”

Nuestro más alto Tribunal ha elaborado a lo largo de su jurisprudencia una serie de criterios orientativos a fin de conciliar la puja existente entre los derechos fundamentales bajo estudio. A continuación se abordarán brevemente dos doctrinas que plasmó en varias de sus decisiones, una es la “real malicia” (“actual malice”) y la otra es la elaborada a partir del fallo “Julio César Campillay v. La Razón y otros”.<sup>6</sup>

La primera de ellas surge de la jurisprudencia de EEUU, más precisamente del fallo “New York Times Co. V. Sullivan”<sup>7</sup>, y consiste en imponer al funcionario público o personalidad pública la carga de la prueba respecto a que la información presumiblemente atentatoria contra su honor ha sido publicada por el periodista o el medio de prensa a sabiendas de su falsedad o con notoria o imprudente despreocupación acerca de ello. Así, se exime de responsabilidad penal o civil al informador, otorgando de tal modo un mayor amparo a la libertad de expresión. En pocas palabras, esta doctrina consiste “en el conocimiento por parte del medio de la falsedad de lo informado (dolo directo) o con indiferente desconsideración acerca si era o no falso (dolo eventual)”.<sup>8</sup>

Precisando los alcances de esta doctrina, nuestra Corte ha partido de la premisa que la libertad de expresión “tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa”.<sup>9</sup> Lo cierto es que, dentro del conglomerado de libertades que conforman nuestro estado de derecho, ésta goza de cierta preeminencia sobre el resto por cuanto su tutela importa resguardar nuestra democracia. Sin perjuicio de ello, cabe reiterar lo que señaláramos en los párrafos anteriores: ningún derecho es absoluto y su protección debe ceñirse al ámbito de su ejercicio legítimo o regular (art. 34, inc. 4 CP y art. 1071 CC), resultando contrario a todo orden legal la defensa de su ejercicio abusivo. Dicho de otro modo, en ningún caso puede

---

<sup>6</sup> CSJN, “Julio César Campillay v. La Razón y otros”, fallos 308:789, (en línea) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 10/5/2010). Allí la CSJN desestimó los agravios de los demandados, Diario Popular, La Razón y Crónica al confirmar la sentencia de Cámara que los condenó al pago de una indemnización en concepto de daño moral provocado a Julio Cesar Campillay por haber publicado un comunicado de la Policía Federal que lo implicaba como autor de los delitos relacionados a droga, robo y armas. La Corte fundó tal desestimación en que los periódicos podían haberse eximido de responsabilidad si hubiesen atribuido el contenido a la fuente pertinente, utilizado el verbo potencial y/o dejando en reserva la identidad de los implicados. En éste caso los tres periódicos no aplicaron ninguna de éstas tres reglas por lo tanto obraron imprudentemente.

<sup>7</sup> En el año 1960, la Corte Suprema de los EE.UU revocó la sentencia de primera instancia que condenaba al periódico New York Times a pagar una indemnización al comisario de la ciudad de Montgomery, Alabama, L.D. Sullivan, quien había iniciado acciones por considerarse injuriado, en su función de comisario, por el contenido de una publicación en la que haciendo mención a la lucha de los estudiantes negros por su derecho a vivir dignamente, comentó que éstos habían sufrido una salvaje represión policial. Allí la corte dijo que ante la publicación de datos ofensivos para un funcionario público, la responsabilidad del medio periodístico quedaba condicionada a que el afectado acreditara la malicia y como la noticia no tenía ningún ataque de carácter personal al comisario a quien no lo mencionaba no se pudo probar la malicia que se exigía.

<sup>8</sup> ORTIZ, José Luís. “Delitos contra el Honor”, *Derecho Penal Parte Especial de Fabián Balcarce*. Córdoba. Lerner 2007 p. 243.

<sup>9</sup> CSJN, “Eduardo Pérez y otro”, fallos 257:308 (en línea), Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 7/5/2010).

pretenderse la eximición de responsabilidad de aquéllos que utilizan los medios de prensa para cometer hechos delictivos.

Ahora bien, en el fallo “Costa”<sup>10</sup> la CSJN realizó una distinción entre protección al honor “rigurosa”, cuyo titular es el ciudadano común, y protección al honor “atenuada”, perteneciente a los funcionarios públicos. Fundó tal diferenciación en la mayor vulnerabilidad que tiene el particular ante cualquier imputación deshonrante o desacreditante, mientras que el funcionario público cuenta con más posibilidades de acceder a los medios de prensa para defenderse de las mismas. Además se señaló que éste último al aceptar el cargo se expuso voluntariamente a la opinión pública y, por tanto, a recibir críticas de su desempeño.

Debemos señalar que, en lo referente a las personas involucradas en el conflicto y el contenido de la información presuntamente difamatoria, la aplicación del estándar de la real malicia ha variado a lo largo de los años. Así, en el fallo “Abad”<sup>11</sup> se sostuvo que el asunto objeto de la información debía revestir interés público, tener cierta trascendencia institucional, aún cuando en la disputa no interviniera ningún funcionario público. Mientras que en el citado fallo “Costa” se limitó la aplicación a los funcionarios públicos y a la actuación funcional de los mismos. En el caso “Triacca, Alberto Jorge c/ Diario La Razón y otros”<sup>12</sup> se extendió la aplicación de la doctrina a las personalidades públicas (vgr. actores), siempre que la cuestión versara sobre temas de interés público. Asimismo, en cuanto a la aplicación de la citada doctrina a los particulares, se refieren los autos “Morales Solá”<sup>13</sup> en los cuales la exigencia común reside en que el asunto objeto de controversia sea de interés público o institucional.

---

<sup>10</sup> CSJN, “Costa c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y otros”, fallos 310:508, (en línea) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 7/5/2010). El hecho se enmarca por la difusión de una noticia donde Héctor R. Costa, empleado público, aparecía involucrado en un hecho de cohecho inexistente, dado que en las inmediaciones del local municipal de la Capital Federal, un equipo de uno de los canales locales de televisión (LS 84 TV Canal 11) filmó la conversación ocasional del nombrado con un vendedor ambulante. En ese contexto, se dio por ocurrido el hecho delictivo, sin que tales imputaciones tuvieran sustento alguno. La CSJN confirmó el pronunciamiento de la Cám de Apelac, que había admitido la demanda de daños y perjuicios entablada por Costa.

<sup>11</sup> CSJN, “Manuel Eduardo Abad y otros”, fallos 315:632, (en línea) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 7/5/2010). Angel L. Sicilia, jefe de la sección política y Andrés L. Cascioli, el director del semanario “El Periodista”, publicaron un artículo sobre “473 futuras víctimas” de un grupo que se aprestaba a producir un “golpe” antidemocrático, preparado por la derecha peronista mediante acciones terroristas. En la publicación se informó que uno de los centros de la actividad conspirativa estaría ubicado en Córdoba, donde se desarrollaban seminarios de estudio en los cuales participarían diversas personas, entre las que se incluyó el nombre del querellante, Guillermo Pini.

<sup>12</sup> CSJN, “Triacca, Alberto Jorge c/ Diario La Razón y otros”, fallos 316:2416, (en línea) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 7/5/2010). A principios del mes de mayo de 1987 la agencia “Diarios y Noticias” difundió la detención del ex diputado de la Nación Norberto Imbelloni, ocurrida en la República del Paraguay. Según el comunicado, la misma se debía a un pedido de extradición formulado por la justicia argentina, ante la cual Imbelloni estaba acusado del asesinato de Raúl Cuervo, quien en esa época estaba relacionado con el dirigente sindical Alberto J. Triacca. Asimismo, la información indicaba que éste último estaría vinculado al tráfico de cocaína.

<sup>13</sup> CSJN, “Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias”, causa N° 9648, voto del Dr. Boggiano, Considerando N° 5 (en línea) Dirección URL: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp) (consulta: 13/5/2010). En el caso, Dante Ariel Giadone promovió querrela por el delito de injurias contra Joaquín Miguel Morales Solá, por entender que su honor había sido lesionado a raíz de que el querrellado había narrado el siguiente episodio, en la

Por otra parte, en el fallo “Campillay”<sup>14</sup>, nuestra Corte Suprema elaboró una serie de pautas para ponderar si, ante la difusión de determinada información errónea o falsa con un contenido eventualmente injurioso o calumnioso, la libertad de expresión ha sido ejercida de un modo regular o legítimo, esto es, conforme a derecho. Así, se indicó que en tal caso, a efectos de eximir de responsabilidad al periodista, debía observarse lo siguiente: 1.- omitir revelar la identidad del presuntamente implicado en la información; 2.- utilizar un tiempo de verbo potencial; o 3.- propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente.

En ese sentido, “la doctrina constitucional ‘Campillay’ viene a ser el reglamento del ejercicio regular del derecho, por el cual se establece la licitud del daño causado al honor o, lo que es lo mismo, la obligación jurídica de soportarlo, al menos en relación al medio que publicó la información que sólo fue canal de difusión, sin perjuicio de reconocer el derecho del afectado de entablar demanda civil y/o penal contra el responsable de la fuente que generó la noticia lesiva a su honor (CSJN, fallos 316:2394 causa Granada)”.<sup>15</sup> Por lo tanto, ante la información falsa o inexacta, no podrá endilgarse responsabilidad alguna a quien adoptó los recaudos fijados precedentemente.

En ese orden de cosas, no le será exigible acreditar la veracidad del contenido informativo, antes bien, sólo estará obligado a corroborar el hecho de la declaración: “La veracidad que debe acreditar quien reproduce la noticia dada por otro, se refiere únicamente al hecho de la declaración –no a lo declarado- y ha de ser, en esa medida, sinónimo de la verdad objetiva”.<sup>16</sup>

De otro costado, cabe destacar que, en cuanto a los alcances en la utilización del tiempo de verbo potencial, la eximición de responsabilidad no procede automáticamente. En efecto, debe tenerse en cuenta que si existen fundados indicios acerca de la falsedad de la información vertida por otro, tal circunstancia traerá aparejado el ejercicio abusivo de la libertad de expresión y, consecuentemente, la antijuridicidad de la conducta. Dicha postura fue

---

página 143 de un libro de su autoría (*Asalto ala ilusión*, editorial Planeta, Buenos Aires, 1990): "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates notables entre los civiles que llegaban al poder. Por ejemplo, un viejo amigo de Alfonsín, el abogado Dante Giadone, que se había retirado como suboficial del Ejército, propuso al Presidente sacarle el uniforme al regimiento de Granaderos {tradicional custodia de mandatarios} y vestirlos de civil. Alfonsín levantó la mirada y le suplicó: Por favor, piensen en lo que dicen antes de hacerle perder el tiempo. Pero la fiesta parecía interminable y se suponía que había espacio para cualquier algarada".

<sup>14</sup> CSJN, “Julio César Campillay v. La Razón y otros”, fallos 308:789 (en línea) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 10/5/2010)

<sup>15</sup> SANCHEZ FREYTES, Alejandro, *Libertad de Expresión. Límites jurídicos institucionales*, Córdoba, Advocatus, 2002, p. 295.

<sup>16</sup> TSJ, Sala Penal “Querrela de Miguel Angel Caruso c/ Luís Eduardo Remonda” Expte. “Q”, 2/98, sent. N° 108 (en línea), Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 5/5/2010)

sostenida con gran tino en los autos “Menem, Eduardo”.<sup>17</sup> Asimismo, resulta razonable la siguiente conclusión: “Aún cuando el potencial no constituya una aseveración concluyente, es claro que indica una posibilidad. Y dentro del universo de posibilidades, hace referencia a una sola y no otra, por lo que resulta difícil –sino imposible– al lector escindir la situación del querellante con el contenido expreso de la nota...”.<sup>18</sup>

En esa misma inteligencia debe ubicarse el razonamiento en cuanto al criterio de citar la fuente. En los autos “Menem, Eduardo” se explicitó que el hecho de reunir tal exigencia en modo alguno descarta automáticamente la antijuridicidad de la conducta, si existen indicios racionales que el contenido de la información es falso. Por el contrario, se dijo: “la divulgación de noticias que conciernen a episodios sobre los cuales pesa un indicio vehemente de inexactitud o falsedad, obligan al informador a actuar equilibradamente, lo que en los hechos significa, ni más ni menos, que asumir el deber de reproducir la noticia con las aclaraciones necesarias relativas a las sospechas de inexactitud que pesa sobre ella, o bien abstenerse de difundir lo que, en las condiciones expuestas, no serían más que rumores o suposiciones”.<sup>19</sup>

Finalmente, resulta conveniente aclarar que tanto en la doctrina de la “real malicia” como en la elaborada a partir del fallo “Campillay” el medio de prensa actúa como informador a la comunidad en cuestiones de interés público. Sin embargo, no puede inferirse que ambas deban asimilarse, pues en el primer caso se refiere al informador como *generador* de la noticia, mientras que en el segundo como *transmisor* de la noticia generada por otro. Son supuestos de hecho absolutamente distintos.

### III- Antecedente directo de la reforma de la ley N° 26.551: Caso Kimel

#### a- Breve reseña de los hechos

En el mes de noviembre de 1989, el periodista Eduardo Gabriel Kimel publicó el libro titulado “La masacre de San Patricio” en el cual plasmó una investigación realizada sobre el asesinato de cinco monjes palotinos en la época de la dictadura militar. En una parte de su obra Kimel criticó el accionar funcional del juez federal Guillermo Rivarola que llevó adelante la investigación de ese hecho, manifestando lo siguiente:

---

<sup>17</sup> CSJN, “Menem, Eduardo c. Sáenz, Tomás M. y otros”, sent. del 20/10/98, (en línea ) Dirección URL: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp) (consulta: 13/5/2010). en este caso el medio periodístico Ediciones de la Urraca S.A. publicó en el mes de julio de 1991 en la revista "Humor" en cuyas páginas se incluyó un artículo titulado: "Informe Especial 2 años de corrupción" en el que se señalaba que estaba condensada "...casi toda la corrupción detectada entre julio de 1989 y julio de 1991. Gobernantes, funcionarios y políticos implicados, entre los que se refirió al entonces senador de la Nación, doctor Eduardo Menem.

<sup>18</sup> KLASS, Ricardo J., “Responsabilidad civil y penal de los medios de prensa y los periodistas: La doctrina de la real malicia y la doctrina “Campillay”, (en línea ) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar> (consulta: 7/5/2010)

<sup>19</sup> CSJN, “Menem, Eduardo c. Sáenz, Tomás M. y otros”, sent. del 20/10/98, (en línea ) Dirección URL: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp) (consulta: 13/5/2010)

*“Realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue en general condescendiente cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos el juez cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.*<sup>20</sup>

El 28 de octubre de 1991 Rivarola querelló a Kimel por el delito de calumnias, solicitando que si no se compartía tal calificación legal se condene al nombrado por el delito de injurias. El Juzgado Nacional de 1era. Instancia en lo Criminal y Correccional N° 8 de Buenos Aires resolvió que Kimel no había cometido el delito de calumnia sino el de injurias, condenándolo a la pena de un año de prisión en suspenso y al pago de \$ 20.000 argentinos en concepto de reparación del daño causado y costas. Kimel apeló dicha sentencia y la Sala VI de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Crim. y Corr. lo absolvió por unanimidad, señalando que el autor “cuando arriba a la sección que atañe a la investigación judicial deja sentada su propia opinión, lo cual es criticado por la a quo, quien interpreta que ello le estaría vedado y debería limitarse a informar. No comparto este criterio porque la función periodística se ha desarrollado tan notablemente con el advenimiento de la democracia, que sin duda incide en forma notoria sobre la vida y opinión públicas ...” (voto del Dr. González)<sup>21</sup>.

En razón de ello, el querellante interpuso recurso extraordinario ante la CSJN, tribunal que revocó dicho resolutorio, basado en que el estándar de la “real malicia” no era de aplicación en el caso ya que Kimel actuó con temerario desinterés en determinar la verdad o falsedad de los hechos. Para arribar a esta conclusión se tuvo en cuenta que el nombrado no hizo alusión en su obra las reiteradas negativas del juez Rivarola ante los pedidos de sobreseimiento provisional instaurados por el fiscal de la causa (votos del Dr. Fayt y del Dr. Boggiano)<sup>22</sup>. En definitiva, se ordenó la remisión de las actuaciones nuevamente a la Cámara para que adaptara la sentencia a los lineamientos fijados por el juez de primera instancia, por

---

<sup>20</sup> KIMEL, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Ediciones Lohé-Lumen, segunda edición, 1995.

<sup>21</sup> Cám. Nac. de Apelaciones en lo Crim. y Corr. Sala VI “Kimel, Eduardo G” sent. del 19/11/96 (en línea) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 7/5/2010)

<sup>22</sup> CSJN, “Kimel Eduardo G.”, Expte. N° K.32.XXXIII (en línea ) Dirección URL: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp) (consulta: 13/5/2010)

lo que la Cámara confirmó parcialmente la condena modificando la calificación legal atribuida por el delito de calumnia.

b- Pautas fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup>

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en representación de Eduardo Gabriel Kimel, denunciaron al Estado Argentino ante la Comisión IDH en virtud de la condena dictaminada por la justicia argentina. Analizado el caso por la Comisión IDH se demandó al Estado por su responsabilidad internacional ante el incumplimiento del art. 8 (garantías judiciales) y el art. 13 (libertad de expresión) de la Convención Americana, como así también, en relación a la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo a las citadas disposiciones (arts. 1.1 y 2 de la Convención).

En ese orden de ideas, la Corte afirmó que, si bien ante el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y el derecho a la honra de los funcionarios públicos deben garantizarse ambos, se deberá recurrir a un juicio de proporcionalidad con el objeto de evaluar la importancia de uno respecto al otro. Éste último consistirá en el examen de cada caso y ante la restricción de la libertad de expresión deberá verificarse “que el sacrificio inherente a aquélla no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación... Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible”.<sup>24</sup> En el caso de Kimel la Corte resolvió que la restricción de su libertad de expresión fue “manifiestamente desproporcionada, por excesiva” teniendo en cuenta la afectación a la honra del funcionario judicial por un emitir un juicio de valor.

Por otra parte, en orden a la tutela al derecho al honor en el sistema penal argentino la Corte hizo consideraciones respecto a las figuras penales de calumnias e injurias, consistentes en que las mismas eran ambiguas, vagas e indeterminadas, lo cual afectaría el principio de legalidad preceptuado en el art. 9 de la Convención Americana. Ello es fácilmente demostrable: repárese que Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injuria y luego, en segunda instancia, tal calificación legal fue modificada por la de calumnias. En virtud de ello, señaló que el Estado debía precisar en forma expresa, precisa, taxativa y previa las conductas punibles de los delitos contra el honor, con el objeto de otorgar seguridad

---

<sup>23</sup> Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”, Sent. 2/5/08 (en línea) Dirección URL: <http://www.corteidh.or.cr> (consulta: 18/5/2010)

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”, sent. del 2/5/08 (en línea) Dirección URL: <http://www.corteidh.or.cr> (consulta: 18/5/2010)

jurídica al ciudadano en un marco de legalidad, por cuanto el castigo penal de tales acciones afectaría el derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, señaló que la amplitud de los tipos penales de calumnias e injurias por parte de la legislación argentina, implica un incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas pertinentes con relación al derecho interno a fin de proteger los derechos fundamentales previstos en la Convención, entre los que se encuentra la libertad de expresión (art. 2 de la Convención).

Otra consecuencia generada por la falta de precisión legal mencionada supra y señalada por la Corte, es la afectación de los principios de intervención mínima y de última ratio del Derecho Penal. En efecto, compartimos esta conclusión de la Corte ya que la amplitud en la antigua redacción de los tipos generaría una mayor injerencia del poder punitivo del Estado, contraponiendo el espíritu democrático de nuestro sistema. Por lo tanto, la vía penal en orden a proteger el honor contra determinadas expresiones, deberá analizarse cuidadosamente, teniendo en cuenta que de ese modo podría afectarse la libertad de expresión. Así la Corte “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, forma verdaderamente excepcional, medidas penales”.<sup>25</sup>

En otras palabras, las herramientas penales se consideran aptas para tutelar el honor de las personas como bien jurídico penalmente relevante, sin perjuicio de lo cual, deberá examinarse su necesidad y proporcionalidad para impedir cualquier detrimento a la garantía de libertad de expresión.

#### IV- Las modificaciones instauradas por la ley 26.551

Del tratamiento que antecede se infiere que la reforma de la ley 26.551 tiene su antecedente inmediato en el caso Kimel. Como se dijo, en tal oportunidad la Corte le impuso al Estado Argentino la adecuación de su derecho interno en lo relativo a los tipos penales de calumnias e injurias que, al carecer de las precisiones suficientes, eran violatorios de la libertad de expresión y del principio de legalidad.

En ese sentido, una de las modificaciones implementadas por la citada ley es la especificación del sujeto pasivo de los delitos contra el honor, en cuanto a que debe tratarse de una persona física determinada, zanjando de tal forma la discusión doctrinaria acerca de la

---

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”, sent. del 2/5/08 (en línea) Dirección URL: <http://www.corteidh.or.cr> (consulta: 18/5/2010)

posibilidad de que la persona jurídica pueda ser víctima de éstos delitos. Así, se puso fin a la vieja discusión respecto a la eventual aptitud de los entes colectivos para poseer nombre, reputación o crédito. Además de plasmarse esta situación en los arts. 109 y 110 CP debe tenerse en cuenta que como consecuencia de ello en el art. 117 CP se eliminó el vocablo “asociación”.

De otro costado, se incorporaron a las figuras penales descriptas en el título II el “interés público” y la “no asertividad” de las expresiones como hipótesis en las que desaparece la tipicidad de las conductas. Del tal modo se plasmaron las doctrinas de la “real malicia” y “Campillay” tratadas precedentemente. Resulta esclarecedor el concepto de interés público que surge del caso “K.D.G. s/ desestimación” en el cual la Sala IV de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Crim. y Corr. aplicó la reforma bajo estudio entendiendo que el *interés público* “está vinculado con el buen funcionamiento del sistema democrático, el respeto a los principios y reglas de un estado de derecho, las garantías de los derechos individuales y colectivos, la intervención del ciudadano en los asuntos del quehacer público y todo otro tema análogo que se relacione con éstos tópicos”<sup>26</sup>. En efecto, en el nuevo régimen el interés público forma parte del tipo penal, mientras que en el anterior configuraba una causa de justificación estipulada en los supuestos de la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad del art. 111 CP.

En cuanto a las expresiones no asertivas, como se dijo, también excluyen la tipicidad de la conducta. Así, si una manifestación presuntamente injuriosa o calumniosa se emite en verbo potencial o de un modo conjetural se eximirá de responsabilidad penal al autor ya que la nueva normativa exige el modo indicativo para configurar el tipo. A mayor abundamiento, Buteler sostuvo que se excluye “de manera taxativa y precisa, las expresiones “sugeres”, por ejemplo, las formuladas en forma de pregunta o de las que pueda inferirse un ataque al honor, pero en donde la agresión a ese bien jurídico no sea manifiesta y directa”.<sup>27</sup>

Por otra parte, cabe hacer una breve consideración en relación al aspecto subjetivo de la figura descripta en el art. 110 del C.P., dado que el legislador ha incorporado el vocablo “intencionalmente”. Es sabido que con anterioridad a la reforma existía la discusión acerca de la exigencia o no del denominado “animus injuriandi” por parte del sujeto activo, siendo predominante la doctrina que afirmaba que el dolo podría ser directo o eventual. Pues bien, con la incorporación de aquél término es dable inferir que para el perfeccionamiento del tipo subjetivo deberá concurrir la intencionalidad específica de desacreditar o deshonorar al sujeto

---

<sup>26</sup> Cám. Nac. de Apelac. en lo Crim. y Corr., Sala IV “K., D. G.”, sent. del 1/02/2010 (en línea) Dirección URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document> (consulta: 3/6/2010)

<sup>27</sup> BUTELER, José A., “Ley 26.551. Cumplimiento por el Estado Argentino de la obligación de adecuación del derecho interno impuesta en la sentencia de la CIDH”, *Revista Actualidad Jurídica*, Córdoba, 2009 Tomo N°144 pág. N° 9922.

pasivo, limitando de este modo al dolo directo. Vale destacar lo sostenido al respecto por Buteler: “también en un todo de acuerdo a los argumentos y razones esgrimidos por la CIDH en esa sentencia, que en su punto 44 critica severamente al art. 110 -hoy sustituido- y la interpretación de que ‘el único dolo requerido’ por la antigua figura consistía en ‘el conocimiento, por parte del sujeto activo, el carácter potencialmente deshonrante o desacreditante de la acción u omisión ejecutada’, el actual texto precisa un elemento especial del tipo subjetivo, al exigir expresamente la ‘intencionalidad’ del agente en deshonrar o desacreditar...se ha limitado aquí también la intervención punitiva, cuando no se acredite que lo fue intencionalmente, y proscribiendo la aplicación como la que se hizo en la sentencia de condena Kimel, por el solo conocimiento potencial”.<sup>28</sup>

Además, la reforma derogó el artículo 112 del C.P. despenalizando la calumnia e injuria equívoca o encubierta, lo que a nuestro entender importó la adecuación del derecho interno argentino al mandato de taxatividad impuesto por la corte en el antecedente aludido por considerar que las conductas descriptas en el mencionado artículo eran vagas e imprecisas afectando la garantía de libertad de expresión.

Por último, debemos señalar que la ley 26.551 suprimió la pena privativa de la libertad, esto es, la prisión, reemplazándola por la pena de multa únicamente. De este modo, se posibilita la extinción de la acción penal de conformidad a lo previsto en el art. 64 del CP mediante el pago voluntario y la reparación del daño causado. Corolario de ello Gil Lavedra y Cano sostuvieron que: “la eliminación de la pena privativa de la libertad es una clara señal del legislador acerca del menor contenido de injusto que se le asigna a las acciones incriminadas y una disminución del grado de protección del bien jurídico honor”.<sup>29</sup>

#### V- Conclusión.

Como uno de los pilares básicos y símbolo de una sociedad democrática, la libertad de expresión debe ser defendida ante los embates de quienes intenten coartarla, propugnando el debate político sobre todo en cuestiones de interés público. Esta libertad no solo se encuentra reservada a quienes se dedican al oficio de informar, sino que todos debemos gozar de ella sin temor al castigo a la disidencia.

Sin perjuicio de ello, y conforme lo hemos explicitado a lo largo de nuestro trabajo, su reconocimiento como derecho fundamental no importa legitimar su ejercicio abusivo o irregular, justificando la comisión de conductas delictivas que afecten derechos de terceros como las descriptas en el título II del Código Penal, esto es, los delitos contra el honor. Todo lo contrario, habiendo verificado una suerte de igualdad jerárquica entre la libertad de

---

<sup>28</sup> BUTELER, José A., ob.cit. pág. 9921y 9922.

<sup>29</sup> GIL LAVEDRA, Ricardo - CANO, Alicia L., “Un Paso Positivo. Comentario a la ley 26.551”, *La Ley*, Córdoba, 2009.

expresión y el honor por cuanto ambos ostentan rango constitucional y la calidad de derechos fundamentales del hombre (arts. 14, 32 y 75 inc. 22 CN), hemos abordado las elaboraciones doctrinarias que la CSJN ha plasmado a lo largo de su jurisprudencia.

Así, por un lado tratamos brevemente la doctrina de la “real malicia” que fija como pautas concretas: a) la existencia de un interés público en el asunto objeto de la información lesiva contra el honor y b) la carga de la prueba en cabeza del afectado, relativa a que la información falsa fue transmitida a sabiendas de su falsedad o con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia. Por otro lado, analizamos la doctrina “Campillay”, cuyos criterios rectores consisten en: a) la cita expresa de la fuente, b) la no asertividad en las manifestaciones, y c) omisión de revelar la identidad del implicado.

En cuanto al tratamiento de la reforma instaurada por la ley N° 26.551, previamente esbozamos los lineamientos principales fijados por la Corte IDH al dictaminar con relación al caso Kimel. En mérito a los mandatos que el mencionado Tribunal enunció para que nuestro país adaptara su derecho interno, estimamos que el principal radicó en otorgar a las figuras penales de los delitos contra el honor una especificidad tal en su descripción que redunde en el debido respeto al principio de legalidad y, en consecuencia, a una mayor salvaguarda de la libertad de expresión. A nuestro entender la citada reforma significó un gran avance al reflejar los mecanismos que la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal aplicó en los casos sometidos a su conocimiento, con el objeto de procurar un equilibrio o armonía en el conflicto entre los bienes jurídicos aludidos. Además, la adecuación legislativa a los estándares internacionales redundó en un sistema más preciso, claro y democrático.

Ahora bien, considerando que la reforma: 1) especificó el sujeto pasivo de los delitos contra el honor excluyendo a la persona jurídica, 2) incorporó como causales de atipicidad el interés público y la no asertividad de las manifestaciones, 3) introdujo la exigencia del animus injuriandi en el aspecto subjetivo de las figuras, 4) derogó las injurias equívocas o encubiertas y 5) reemplazó la pena privativa de la libertad por la de multa, resulta evidente que se redujo significativamente la intervención punitiva estatal con relación a éstos delitos. Por lo tanto, advirtiendo tal circunstancia y teniendo en cuenta los principios constitucionales de mínima suficiencia, última ratio y taxatividad penal, cabe plantearse el interrogarse si el castigo de las conductas lesivas al honor debe mantenerse en nuestro código penal, o bien, podría ser objeto de tratamiento por parte de otras ramas del derecho, por ejemplo la ley civil.

Bibliografía consultada:

- BUTELER, José A., “Ley 26.551. Cumplimiento por el Estado Argentino de la obligación de adecuación del derecho interno impuesta en la sentencia de la CIDH”, *Revista Actualidad Jurídica*, Córdoba, 2009 Tomo N° 144.
- BALCARCE, Fabián I. “Derecho Penal Parte Especial”. Lerner. Córdoba. 2007.
- CREUS, Carlos; BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Astrea. Buenos Aires. 2007.
- GIL LAVEDRA, Ricardo- CANO, Alicia L, “Un Paso Positivo. Comentario a la ley 26.551”, *La Ley* Córdoba 2009.
- KLASS, Ricardo J., “Responsabilidad civil y penal de los medios de prensa y los periodistas: La doctrina de la real malicia y la doctrina “Campillay”, *La Ley* 2003.
- NUÑEZ, R.C., *Derecho Penal Argentino Parte Especial Tomo IV*. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires 1964.
- SANCHEZ FREYTES, Alejandro, *Libertad de Expresión. Límites jurídicos institucionales*, Córdoba, Advocatus, 2002.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino Tomo III* T.E.A. Buenos Aires 1983.
- Consulta de las siguientes páginas web: <http://www.laleyonline.com.ar> (en línea); <http://www.corteidh.or.cr> (en línea) y <http://www.csjn.gov.ar> (en línea).