

Expte. n° DEB 12905/2020-1
“PRESTOFELIPPO, EDUARDO
MIGUEL SOBRE 71 TER -
HOSTIGAMIENTO DIGITAL”

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta:

1. El abogado Marcelo Peña, en representación de Eduardo Miguel Prestofelippo, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara que, en lo que aquí interesa, confirmó la condena del imputado a la sanción de treinta (30) días de arresto domiciliario.

Para fundar su decisión, la Cámara consideró que había sido comprobada la comisión de tres hechos, que concurrían realmente entre sí. El primero de ellos fue subsumido en las contravenciones de discriminación y hostigamiento digital (arts. 71, ex art. 68, CC, según texto vigente al momento de los hechos y 76, CC), en concurso ideal; y el segundo y tercero fueron calificados cada uno como un concurso ideal entre las dos contravenciones aludidas y la de difusión no autorizada de imágenes íntimas (art. 75, CC). Las conductas fueron cometidas en perjuicio de la entonces Primera Dama, Fabiola Yañez.

Los jueces entendieron que, a diferencia de lo planteado por la defensa, no era posible considerar que los hechos atribuidos al imputado hubieran constituido el legítimo ejercicio de su libertad de expresión o prensa, ya que se trató de publicaciones que no expresaban una “crítica política o conceptual hacia la figura de la primera dama”, sino que presentaban contenido agravante, discriminatorio y hostigador.

2. La Cámara declaró admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa “... con el alcance propuesto en los considerandos”. Ese alcance, según la Cámara daba cuenta de “...una verdadera cuestión constitucional (...) [referida] a los alcances reconocidos al derecho de libertad de expresión”. Asimismo, la Cámara refirió que “[era] de destacar que la defensa sost[en]ía, en otras cosas, que el contenido publicado por su asistido y que ha[bía] sido motivo de reproche en el presente caso resulta[ba] una conducta protegida en el ámbito de su derecho a la libertad de expresión y de pensamiento en el ejercicio de su profesión”.

3. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, sostuvo que la defensa había planteado una cuestión constitucional relacionada con el derecho a la libertad de expresión “de cuyo ejercicio se derivarían los hechos imputados” y con el derecho a la dignidad “a cuya protección estarían dirigidas las figuras contravencionales en las que se fundó la condena”. Sin embargo, consideró que el recurrente no llevaba la razón sobre el fondo de las

cuestiones debatidas, ya que el comportamiento del imputado “ha trasgredido los márgenes de la protección del derecho de libertad de expresión, vulnerando derechos personalísimos de la querellante Fabiola Yañez” y que “se trató de un ejercicio abusivo que dio lugar a la afectación de los derechos personalísimos de la víctima (honra y reputación), así como de las normas convencionales y nacionales de protección de los derechos de las mujeres, que consagran el derecho a una vida libre de violencia y discriminación”.

Fundamentos:

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Santiago Otamendi y Marcela De Langhe dijeron:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue presentado en tiempo y forma, contra la sentencia definitiva y, en la medida que fue concedido, plantea un caso constitucional (art. 27, ley n° 402).

El recurrente sostiene que las conductas que se le atribuyeron fueron desarrolladas en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (arts. 12, CCABA, 14, CN, 13, CADH y 19, PIDCyP) y que la resolución recurrida fue contraria a la pretensión desincriminatoria que funda en ese derecho.

2. Se atribuyó a Eduardo Miguel Prestofelippo la comisión de una serie de contravenciones en perjuicio de la entonces Primera Dama, Fabiola Yañez. La defensa sostiene que las conductas reprochadas fueron desarrolladas en el marco de la actividad de su defendido como periodista político y, por lo tanto, en el legítimo ejercicio de su derecho a la libertad de expresión o de prensa.

Concretamente, la defensa entiende que la resolución de la Cámara, que confirmó la condena por esas contravenciones, no tuvo en consideración “los estándares de los tratados internacionales con jerarquía constitucional sobre la libertad de expresión”.

3. Adelantamos que el recurso de inconstitucionalidad prosperará sólo parcialmente. La defensa muestra que el ámbito de protección que corresponde al legítimo ejercicio de la libertad de expresión impide atribuir responsabilidad en los términos en que lo ha hecho la sentencia recurrida. La argumentación en la que se apoya el recurrente debe ser admitida por el Tribunal con relación a dos de las calificaciones que se le atribuyeron a su asistido, esto es, específicamente respecto de aquellas previstas en los arts. 71 *bis* y 71 *ter*, CC —ambas conforme a la redacción dada en la ley n° 6128, actuales arts. 75 y 76, CC—; mientras que, por lo que exponemos seguidamente, no puede serlo en cuanto a la restante que encontró fundamento en lo previsto en el art. 68, CC —conforme a la redacción dada por la ley n° 6017 respecto del hecho 1 y por la ley n° 6307 en los hechos 2 y 3—.



La libertad de expresión es un derecho esencial para el desenvolvimiento de las sociedades democráticas y, por esa razón, su protección es prioritaria. Esto se aplica a las diferentes dimensiones de este derecho, es decir, tanto en la dimensión individual relacionada con la posibilidad de expresar, publicar y difundir información y las propias ideas, así como con la dimensión social relacionada con el interés de toda la comunidad en buscar y recibir esas informaciones e ideas (v., entre otros, CSJN *Fallos*: 320:1272, y también Corte IDH en “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004 y “‘La Última Tentación de Cristo’ [Olmedo Bustos y otros] v. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001).

La relevancia de este derecho ha llevado incluso a que exista una protección constitucional y convencional infranqueable contra cualquier clase de censura *previa* (art. 12, CCABA, 14, CN y 13.2, CADH).

4. No obstante ello, esta libertad —como cualquier otra— no es absoluta, y en consecuencia, son admisibles ciertas limitaciones en su ejercicio.

La defensa denunció aquí que existió una injerencia estatal indebida en su libertad de expresión, derivada de la responsabilidad contravencional que le fuera atribuida con posterioridad a los dichos del periodista.

Sin embargo, las restricciones relacionadas con el establecimiento de responsabilidades ulteriores por el discurso ya emitido, no sólo no se encuentran absolutamente prohibidas, sino que son previstas en forma expresa como limitaciones autorizadas del ejercicio de la libertad de expresión (v., p. ej., 13.2, CADH y 19.3, PIDCyP). Estas limitaciones, en general, se encuentran asociadas a la posible interferencia de la libertad de expresión con otros derechos, tales como la protección de la intimidad de las personas, su dignidad y honra, o la prohibición de la discriminación (v. p. ej., arts. 13, CADH y 19, PIDCyP), tal como ocurre en el caso.

5. Una de las razones por las cuales la defensa consideró que la responsabilidad contravencional constituyó una restricción indebida a la libertad de expresión de Prestofelippo fue la particular condición de la víctima, esto es, que se trataba de una persona pública, calidad que no viene cuestionada ante este Tribunal.

5.1. Al respecto, afirmó que “se manifiesta una verdadera cuestión de Estado, en donde debe primar la transparencia y la información pública”, ya que es “indudable que el pasado inmediato de la Primera Dama resulta de público interés”. Concluyó, en ese sentido, que “debió primar el derecho a la libertad de expresión por sobre otros derechos, también existentes, pero de otra tutela —como el derecho a la dignidad o aquellos que surgen de convenciones internacionales que buscan proteger a la mujer—”, ya que “no puede configurarse la intrusión maliciosa en la vida privada de la Sra. Yañez, puesto que el contenido publicado por [su] defendido no hace más que ser una

conducta protegida en el marco de su derecho a la libertad de expresión y de pensamiento ejerciendo su profesión”.

5.2. Efectivamente, las expresiones vinculadas con asuntos de “interés público” merecen especial tutela y, por otra parte, el concepto de “interés público” —que no abarca solo cuestiones de índole política— debe entenderse de la manera más amplia y flexible dentro de límites razonables.

De todos modos, incluso de acuerdo con dicha interpretación amplia de la noción de “interés público”, existen ciertas expresiones que podrían quedar fuera de ella, tales como aquellas relacionadas exclusivamente con la vida privada de las personas, o que interfieran con la protección de su honor o dignidad, o bien con otros ámbitos que también merezcan tutela constitucional.

5.3. En consecuencia, y como bien lo señala el recurrente, hay consenso generalizado respecto al carácter *atenuado* de la protección que merecen los funcionarios o figuras públicas.

El umbral de protección disminuida está fundado en el carácter público de sus funciones, ya que este provocaría que las actividades del sujeto, incluso no relacionadas directamente con dicha función, excedan la esfera privada, dado el escrutinio público más exigente que la función pública justificaría (v., p. ej., Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa”, ya citado, párrafo 129, o bien el caso “Fontevicchia y D’Amico v. Argentina”, sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafos 66 y siguientes); y en la mayor facilidad que estos sujetos tendrían para acceder a mecanismos públicos destinados a ofrecer explicaciones, respuestas o exigir rectificaciones (v., p. ej., Corte IDH en el caso “Tritán Donoso v. Panamá”, resolución del 27 de enero de 2009, párrafo 122).

6. Ahora bien, de acuerdo con las razones antes expresadas, el solo señalamiento del carácter de “figura pública” de la víctima sería insuficiente para justificar que las conductas imputadas a Prestofelippo hayan sido desarrolladas en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, porque lo que resulta generalmente aceptado es que la tutela concedida a estos sujetos resulte *atenuada*, pero en ningún caso inexistente.

Así, a la hora de dilucidar el alcance o la protección conferida por la libertad invocada por el imputado, es necesario analizar el tipo de expresión involucrada. Concretamente, corresponde distinguir entre la libertad para la publicación y difusión de información —o bien de “hechos” o enunciados fácticos— y la libertad para la expresión de los propios juicios de valor o ideas, entendidos como afirmaciones de las cuales no podemos predicar su veracidad o falsedad.

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la existencia de diferentes clases de expresiones (CSJN, *Fallos*: 335:2150 y 343:2211) y, además, esta distinción —y las consecuencias asociadas a ella— ha sido

abordada por la Corte IDH en “Kimel v. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008.

En su recurso, la defensa sostuvo que debió aplicarse el test elaborado por la CSJN en el caso “Campillay” (*Fallos*: 308:789). Al respecto, afirmó que

“[l]a distinción que se pretende entre información, opinión, y frases de ‘contenido agravante, discriminatorio y hostigante’ constituye una forma de paternalismo judicial que no puede aceptarse”, ya que ese “contenido ‘agravante’ al que refiere la sentencia es esencialmente información, indistintamente del modo en que se exprese y de que vierta alguna opinión”.

Al margen de la interpretación que el recurrente propone sobre el test de “Campillay”, lo cierto es que no se reprocharon sus expresiones porque hubieran faltado a la verdad, o porque las imágenes publicadas hubieran sido manipuladas, etcétera. De hecho, la Cámara retiró de la imputación uno de los hechos justamente porque la imagen involucrada no pertenecía a la víctima.

El análisis efectuado por los jueces de mérito es adecuado, ya que el caso no involucra el ejercicio de la libertad de *informar*, en el sentido antes expresado, sino de la libertad para emitir juicios de valor u opiniones.

8. El test mencionado en el punto anterior es adecuado en cuanto se trata de la publicación de “hechos” o información (caso “Kimel v. Argentina”, Corte IDH, sentencia del 2 de mayo de 2008, a los que acude la CSJN en *Fallos*: 335:2150) que son susceptibles de contrastación, no así la emisión de críticas o juicios de valor, ya que las personas no podrían ser juzgadas por el contenido de sus opiniones.

Al respecto, la CSJN recientemente afirmó que cabe exigir “un alto grado de tolerancia ante la opinión dispar y los exabruptos”, pero que eran descalificables las expresiones que no guardaran relación “con los asuntos de interés público” abordados en el discurso a analizar y concluyó que, en el caso, se trataba de un “juicio de valor sobre un asunto de interés público”, ya que la utilización —en dicho caso— de una “metáfora desmedida y ofensiva” estaba directamente relacionada con “las ideas que el demandado quiso exponer en el debate público suscitado con el actor” (del dictamen del Procurador General al que remitió la CSJN en *Fallos* 346:467).

9. En cuanto a las imputaciones de discriminación por razones de género (art. 71, ex art. 68, CC según ley vigente al momento de los hechos), en el presente caso no está controvertido que el imputado habría manifestado que la víctima no era una “mujer de su casa”, que era un “*michifus*” y que “no [le] dio para otra cosa en la vida que para terminar acostada con [un] viejo impotente para tratar de ser alguien” —entre otras cosas—.

Es claro que, cuando menos, se trata de insultos o vejaciones. Sin embargo, para decidir si estamos ante un caso que está fuera del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, de acuerdo con el test propuesto por la

CSJN, correspondería determinar si son efectivamente insultos o vejaciones “injustificadas”.

10. Aunque se admitiere, como afirma la defensa, que alguna parte del discurso del imputado contenía información sobre el desempeño de la Sra. Yañez en tanto figura pública —p. ej., lo manifestado sobre la situación económica de la víctima antes y después de formar pareja con quien en ese entonces era Presidente de la Nación o sobre el origen de los fondos con los que sustentaba su estilo de vida, o en tanto pretendía, en sus palabras, “[poner] en relieve los entredichos de excompañeros o colegas de la señora cuando realizaba actividades periodísticas y/o teatrales en su doble rol de panelista y actriz”—, lo cierto es que, para comunicar esos datos u opiniones, no era necesario en absoluto emitir los comentarios agraviantes que se le atribuyeron —indicados en el punto anterior— y que no guardan conexión alguna con la crítica pretendidamente política que los acompañaba.

Tal como señaló la mayoría de la Cámara, las observaciones sobre la función y/o situación económica de la Primera Dama no tenían conexión alguna con el sentido que, según la defensa, el imputado pretendió dar a sus comunicaciones. Por el contrario, se trató de expresiones cuyo único e innegable objetivo fue el de agraviar.

La defensa no ha controvertido que este es un caso de discriminación por razones de género, toda vez que las críticas que había efectuado a este respecto fueron abandonadas, en la medida que su recurso de inconstitucionalidad no fue admitido por ese motivo y no interpuso una queja para sostenerlo. Así, de acuerdo con lo afirmado por los jueces de mérito, las frases atribuidas al imputado implicaron la utilización de estereotipos inadmisibles, que violaron la prohibición de discriminación por razones de género y configuraron un caso de violencia simbólica contra la mujer (art. 1, CEDAW y v. CSJN, *Fallos*: 343:2211, considerando 24).

11. En definitiva, en orden a las imputaciones de discriminación por razones de género (art. 71, ex art. 68, CC), la parte recurrente no logra rebatir esas consideraciones y, en estas condiciones, la mención a la libertad de expresión se muestra en este punto como una invocación genérica que no ha sido debidamente conectada con las circunstancias particulares de esta causa, ni explica por qué sus comentarios y calificativos no habrían traspasado los límites del ejercicio de ese derecho al extremo de poner en juego los otros derechos en pugna, como lo entendió el tribunal *a quo*.

12. Ahora bien, en cuanto a las restantes calificaciones por las que recayó condena debe señalarse que el recurso de inconstitucionalidad no fue concedido con respecto a los cuestionamientos referidos a su adecuada subsunción típica y que la defensa no dedujo la queja correspondiente.

Sin embargo, en la medida en que al conceder el recurso el tribunal *a quo* consideró que la recurrente introdujo “una verdadera cuestión

constitucional [referida] a los alcances reconocidos al derecho de libertad de expresión”, el análisis estricto que la tutela de dicha libertad demanda no permite trasladar, ni explícita ni implícitamente, las conclusiones a las que llegamos sobre la figura de discriminación por razones de género a la totalidad de las imputaciones que pesan sobre el Sr. Prestofelippo, es decir, a las figuras de difusión no autorizada de imágenes íntimas y de hostigamiento digital.

Según dijimos la tutela del ejercicio de la libertad de expresión no puede dar cobertura al desarrollo de conductas de carácter discriminatorio. En cambio, la condición de periodista del acusado sumada a la exposición pública de la víctima que, como vimos, la hace merecedora de una tutela *atenuada* provoca que la ponderación entre el ejercicio de la libertad de opinar del primero y la protección de otros intereses de la segunda —tales como los vinculados a su intimidad y su honra— conduzca a un resultado diferente.

Concretamente, con respecto a aquellos comportamientos que, de acuerdo con el criterio de la Cámara, constituirían una difusión no autorizada de imágenes íntimas (art. 75, ex art. 71 *bis*, CC) y hostigamiento digital (art. 76, ex art. 71 *ter*, CC), entendemos que debe prevalecer el derecho del imputado a opinar y emitir juicios de valor sobre aquello que resultaba un asunto de interés público vinculado con la vida laboral y/o situación financiera de la Sra. Yañez.

En efecto, no apreciamos que implique un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión la exhibición de imágenes que reflejarían la participación de la Sra. Yañez en un espectáculo artístico, cuyo contenido, de acuerdo con lo sostenido por la Cámara, habría sido en su hora difundido públicamente con su consentimiento, aunque con un propósito diverso. Al respecto, no puede perderse de vista que la Corte IDH, al examinar la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión por parte de quienes ejercen el periodismo, sostuvo que: “el derecho a la vida privada es disponible para el interesado [en referencia al actor de la demanda por daños y perjuicios] y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo”. Bajo esa perspectiva, tras analizar las circunstancias del caso, concluyó que “no enc[ontraba] (...) algún elemento que indique que las fotografías en cuestión fueron obtenidas en un clima de hostigamiento o persecución respecto del [interesado] o de cualquier otro modo que le hubiera generado un fuerte sentimiento de intrusión, tales como el ingreso físico a un lugar restringido o el uso de medios tecnológicos que posibiliten la captación de imágenes a distancia o que hayan sido tomadas de cualquier otra manera subrepticia” (cf. Corte IDH en el caso “Fontevicchia y D’Amico v. Argentina”, ya citado, párrafos 65 y 69).

Finalmente, cabe señalar que tampoco se observa que las expresiones que cimentaron la condena por hostigamiento digital estén fuera del legítimo ejercicio de la libertad de expresión en tanto, de acuerdo con el test aplicado por los propios camaristas y desarrollado por la CSJN para este universo de casos, no se advierten —ni el tribunal *a quo* individualiza de manera suficiente — cuáles son concretamente los términos específicos que pueden considerarse insultos o vejaciones injustificadas con contenido intimidatorio o

atemorizante. Los titulares con los cuales Prestofilippo acompañó las imágenes de la denunciante robustecen la presencia de un discurso discriminatorio contra las mujeres, mediante la exacerbación de patrones estereotipados de conducta y comentarios intrínsecamente apoyados en la idea de subordinación o cosificación de quienes integran este colectivo. Sin embargo, en la decisión recurrida, no se han expuesto razones que permitan justificar que esta publicación hubiese supuesto una manifestación intimidatoria que exceda los límites de la función periodística con relación a un tema susceptible de despertar el interés de la comunidad.

13. Como consecuencia de todo lo dicho hasta aquí, corresponde: rechazar el recurso de inconstitucionalidad con relación a las conductas contravencionales identificadas como discriminatorias por razones de género (art. 71, ex art. 68, CC), hacer lugar a ese recurso en cuanto a las dos restantes infracciones (arts. 75 y 76, ex arts. 71 *bis* y 71 *ter*, CC) —es decir, difusión no autorizada de imágenes íntimas y hostigamiento digital—, revocar la condena impuesta respecto de esas dos calificaciones y reenviar las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento a la luz del impacto que necesariamente esta decisión supone en la medición de la sanción aplicada.

La juez Inés M. Weinberg dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido en tanto involucra el alcance que cabe otorgar al derecho constitucional a la libertad de expresión en relación al derecho al honor, la imagen e intimidad.

Si bien es cierto que lo que se discute es si la conducta investigada encuadra en los tipos contravencionales que se le atribuyen al recurrente, esta valoración exigió necesariamente expedirse sobre las implicancias de la aplicación de derecho represivo frente a la libertad de expresión y de información del encausado.

2. En su recurso la defensa cuestiona la decisión de Cámara que confirmó la condena a la pena de 30 días de arresto (de cumplimiento efectivo), y a las penas accesorias de interdicción de cercanía con la denunciante y recibir instrucción especial consistente en la asistencia a un taller del “Programa de Capacitación en prevención de Prácticas Discriminatorias”. Ello por considerarlo autor de las siguientes contravenciones: i) discriminación (actual art. 71 del CC); ii) difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas (actual art. 75 del CC) y iii) hostigamiento digital (actual artículo 76 del mismo cuerpo normativo).

Los hechos que dieron lugar a la condena fueron transcritos por las instancias de mérito de la siguiente manera:

Hecho 1: “En una fecha cercana al 25 de abril del año 2020, filmó un video en el que él mismo aparece bajo el titular ‘más y más censura’ junto a una foto de quien sería Fabiola Yañez en ropa interior, refiriendo que el Presidente de la Nación, Alberto Fernández, habría expresado que están atacando a su mujer con violencia de género y ‘toda esa pelotudez’ –dichos del denunciado-, para luego manifestar concretamente “si yo el día de mañana en twitter publico una foto de tu mujer en pelotas, porque las tiene, porque es el pasado de tu mujer, yo termino en cana ‘...de última flaco, bancate la mina con la que te acostás, hay que tener pelotas, no te buscaste una mina de su casa, te buscaste una mina que en los grandes canales de televisión no la conocen precisamente por ser primera dama, la conocen por otros prontuarios, déjate de joder Alberto, déjate de joder’. Dicho video fue republicado por el usuario de la red social Facebook ‘Agencia NOVA’, registrada bajo la URL <https://www.facebook.com/AgenciaNOVAok/>, el día 25 de abril de 2020, el cual se titula ‘El Presto también se manifestó en contra de la censura de Alberto Fernández a NOVA’”.

Hecho 2: “El día 3 de agosto de 2020, utilizando la plataforma Youtube ‘ElPrestoOK’, publicó en dicha plataforma un video denominado ‘¿PROSTITUCIÓN VIP? | La fácil vida de la Primera Dama argentina’, URL <https://www.youtube.com/watch?m=WGJW6gkqL0Q&feature=youtu.be>, en el cual se observa el titular ‘Resumen Semanal ¡Bomba! A Fabiola no le cierran los números’, un logo en el margen izquierdo que refiere ‘El Presto’, y sobre la derecha ‘archivo 10/06/2020’ y al mencionado hablando y haciendo referencia a la Sra. Fabiola Andrea Yañez, actual primera dama. Dentro de dichas manifestaciones, hace referencia a la vida personal de la nombrada, su profesión como actriz y sus ingresos, todo anterior al lugar público que ocupa actualmente. Asimismo, hace a su posición económica actual y la vestimenta que utiliza hoy en día, para luego referir frases tale como ‘a mí me molesta cuando a cualquier ‘michifus’ lo terminamos manteniendo nosotros, ¿queda claro?, lo termina manteniendo el pueblo argentino, y llámenme ‘machirulo’, me chupa un huevo’... ‘Yo entiendo Fabiola, no te dio para otra cosa en la vida que para terminar acostada con este viejo impotente para tratar de ser alguien... cada mujer cada hombre hace lo que puede, algunos estudian, otras se rompen el lomo trabajando y otros se acuestan con hombres o mujeres con plata para tratar de pescar algo’ ... ‘caradura, parásito’”.

Hecho 3: “El día 4 de agosto de 2020, utilizando el perfil con URL <https://www.facebook.com/elprestoOk>, realizó una publicación con la inscripción ‘MIRALO ANTES DE QUE LO CENSUREN: Link: <https://youtu.be/WGJW6gkqL0Q> ¿Cómo hacía la ‘Primera Dama’ para vivir en un lujoso departamento de Puerto Madero con un humilde sueldo? ¿Y sus números en AFIP?’, junto a una foto en la que se observa a Fabiola Yañez con la leyenda ‘PROSTITUCION VIP LA FACIL VIDA DE LA PRIMERA DAMA; link que, a su vez, remite al video de Youtube mencionado en el punto anterior y que fuera publicado en dicha plataforma por el usuario ‘ElPrestoOk’”.

La Cámara entendió que los tres hechos descriptos encuadraban cada uno de ellos en las contravenciones de discriminar y hostigamiento digital. En cambio, sólo los hechos identificados como 2 y 3 encuadraban, además, en la contravención de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas.

3. En su recurso de inconstitucionalidad la defensa sostiene que la sentencia de Cámara genera un menoscabo directo en el derecho constitucional a la libertad de expresión del imputado, quien además, por ser periodista, cuenta con una tutela reforzada.

Alega que la sentencia que confirma la condena es contraria al carácter fragmentario del derecho penal (entendido como *ultima ratio* del ordenamiento) y, por lo tanto, la sanción resulta desproporcionada. Argumenta también que los hechos imputados refieren a un asunto de interés público por la calidad de primera dama que revestía la denunciante al momento de los hechos y el interés general en las finanzas del titular del Poder Ejecutivo nacional y de su familia. Aduce que su planteo encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Kimel vs. Argentina” y “Fontevicchia y D`Amico vs. Argentina”, así como también en los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14 de la Constitución Nacional, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Finalmente argumenta que las conductas por las que se condenó al imputado no encuadran en ninguno de los tipos contravencionales que se le atribuyen por lo que resultan atípicas.

4. El progreso de este recurso exige tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional respecto de la extensión del derecho a la libertad de expresión cuando confronta con otros derechos también reconocidos por la Constitución Nacional y distintos instrumentos internacionales de Derecho Humanos.

En relación a la libertad de expresión y su armonización con el derecho a la intimidad y privacidad (art. 19), la Corte ha fijado el siguiente estándar: “en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión”. Sobre esta base la Corte sostuvo que la publicación de la fotografía de un famoso líder político “excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés público, provocó sentimientos de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal” (CSJN, “Ponzetti de Balbin, —año 1984—, Fallos: 306:1892).

Cuando se trata de funcionarios públicos la Corte ha expresado que el baremo para determinar la responsabilidad por injurias es distinto al que se aplica cuando la víctima es un particular. Así ha resuelto que “la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone la más amplia libertad de su disfrute en armonía con las demás garantías constitucionales, entre las que se encuentra, conforme los textos aludidos, la protección del honor de la persona. El insulto y la difamación configuran elementos provocadores que el legislador regula a efectos de evitar la ruptura de la paz social. Este valor, debe armonizarse con otro, en cuyo fortalecimiento está comprometida la existencia misma del sistema representativo y republicano: el control de los actos de gobierno que detentan los ciudadanos -en el que la prensa juega un papel protagónico- en relación con la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” (CSJN, “Amarilla” — año 1998— *Fallos*: 321:2558).

La Corte también ha resuelto casos en los que quienes reclamaban indemnización por afectación a su honor, intimidad e imagen no eran funcionarios públicos. Así en un caso, priorizó igual la libertad de expresión por sobre los demás derechos en pugna sobre la base de la siguiente fundamentación o estándar: cuando la publicación que motiva el reclamo se encuentra vinculada con un asunto de interés público por parte de una persona pública en su faceta también pública (CSJN, “Pando” —año 2020— *Fallos*: 343:2211).

En el mencionado precedente la Corte señaló además “que en lo que respecta al derecho a la crítica que forma parte de la libertad de expresión, el Tribunal ha señalado que el criterio de ponderación aplicable a los juicios de valor respecto de la reputación y el honor de terceros, deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que en forma manifiesta carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. Ello es así pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada (cf. *Fallos*: 321:2558 “Amarilla”; 335:2150 “Quantín” y 337:921 “Irigoyen”).”

En esta misma línea, en uno de los últimos precedentes sobre libertad de expresión, la Corte volvió a priorizarla por sobre otros derechos constitucionales que se encontraban en pugna, en un caso en el que el afectado era una persona pública (periodista) que no era funcionario (CSJN, “Brieger” —año 2023— *Fallos*: 346:467). En dicha causa la Corte tuvo en cuenta que “las expresiones se refieren a un asunto de interés público y a una persona que puede caracterizarse como figura pública, esto es, que está íntimamente involucrada en la resolución de importantes cuestiones públicas o que, por razón de su fama, tiene gran influencia en áreas que preocupan, importan o interesan a toda la sociedad”.

Asimismo en el Dictamen del Procurador, al que la Corte remitió e hizo suyo, se afirmó que “las locuciones [“kapo judío” y “cómplice de antisemitas”] tienen relación con las ideas que el demandado quiso exponer en el debate público suscitado con el actor. Pese a ser exageradas y agraviantes en la

percepción del actor, no pueden considerarse, en palabras de la Corte Suprema, que "manifiestamente carezcan de relación con la ideas u opiniones que se expongan" (*Fallos*: 321:2558 cit. y 335:2150, cit.). En suma, las expresiones, examinadas en su contexto y teniendo en cuenta las posibilidades de respuesta del actor, no exceden el alcance de un juicio de valor sobre un asunto de interés público. El hecho de que las manifestaciones vertidas por el señor Widder sean susceptibles de herir los sentimientos del actor no justifica una condena indemnizatoria. De otro modo, se atentaría contra una de las libertades fundamentales en una república democrática: la preservación del debate relativo a asuntos de interés para toda la sociedad" (cf. Dictamen Procurador ante la CSJN en el aludido caso "Brieger" —año 2023— *Fallos*: 346:467).

5. De los precedentes reseñados puede extraerse entonces que cuando se ventilan, aun mediante expresiones agraviantes, opiniones críticas hacia personas públicas que, sin ser funcionarias, forman parte del interés público, aquellas expresiones se encuentran amparadas por el derecho constitucional que protege la libertad de expresión y de información en la medida que estén vinculadas con el asunto que forma parte del debate público.

Ello así en tanto que, como explica la Corte, "el derecho a la libertad de expresión goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales (*Fallos*: 321:412), entre otras razones, por su importancia para el funcionamiento de una república democrática (*Fallos*: 320:1272) y para el ejercicio del autogobierno colectivo del modo establecido por nuestra Constitución (*Fallos*: 340:1364)" (cf. CSJN, "Pando", *Fallos* 343:2211).

En cuanto a la definición del carácter de interés público, la Corte Interamericana "ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes" (CIDH "Fontevicchia vs. Argentina", año 2008).

6. En autos el recurso de inconstitucionalidad fue concedido contra la sentencia de Cámara que confirmó una condena a la pena privativa de la libertad del recurrente.

Al respecto es preciso tener presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso "Kimel", cuya doctrina resulta de ineludible consideración en la medida que resultó condenado el Estado argentino como internacionalmente responsable por, entre otras cuestiones, violar la libertad de expresión en un caso en el cual se había condenado penalmente (por "calumnias e injurias") a una persona por sus expresiones.

En dicho precedente la Corte Interamericana, para fundamentar su decisión condenatoria tuvo en cuenta que "el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una

conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”.

7. Teniendo en cuenta el estándar delineado por la Corte que surge del desarrollo jurisprudencial hasta aquí expuesto, corresponde repasar las normas contravencionales en las que se funda la condena a la de la recurrente en el presente caso.

En autos la Cámara confirmó la sentencia condenatoria a 30 días de arresto, de efectivo cumplimiento, porque consideró que los hechos que dieron origen a estas actuaciones encuadraban en las siguientes figuras contravencionales:

i) “Discriminar - Quien discrimina a otro por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica, laboral o por cualquier otra circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires , es sancionado/a con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública o ciento cincuenta y ocho (158) a setecientos noventa y tres (793) unidades fijas de multa.

Acción dependiente de instancia privada.

Cuando la conducta objeto del presente esté motivada en razón de que por su condición laboral la persona afectada se encuentre en contacto con personas infectadas o casos denominados sospechosos de alguna enfermedad contagiosa, o porque su tarea se desarrolla o presumiblemente se desarrolla en espacios donde puede tener contacto con enfermedades "contagiosas", la persona sancionada deberá realizar un curso de inducción vinculado con dichas circunstancias” (actual art. 71, CC)”.

ii) “Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas.- Quien difunda, publique, distribuya, facilite, ceda y/o entregue a terceros imágenes, grabaciones y/o filmaciones de carácter íntimo sin el consentimiento de la persona y a través de cualquier tipo de comunicación electrónica, de transmisión de datos, páginas web y/o a través de cualquier otro medio de comunicación, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con una multa de cuatrocientas (400) a mil novecientos cincuenta (1950) unidades fijas o cinco (5) a quince (15) días de trabajo de utilidad pública o con tres (3) a diez (10) días de arresto. El consentimiento de la víctima para la difusión, siendo menor de 18 años, no será considerado válido.

Tampoco podrá alegarse el consentimiento de la víctima en la generación del contenido como defensa a la realización de la presente conducta.

Acción dependiente de instancia privada con excepción de los casos donde la víctima sea menor de 18 años de edad.

No configura contravención el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (actual artículo 75, el resaltado me pertenece).

iii) "Hostigamiento digital - Quien intimide u hostigue a otro mediante el uso de cualquier medio digital, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con multa de ciento sesenta (160) a ochocientas (800) unidades fijas, tres (3) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública, o uno (1) a cinco (5) días de arresto.

Acción será dependiente de instancia privada con excepción de los casos donde la víctima fuese menor de 18 años de edad.

No configura hostigamiento digital el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (actual artículo 76, el resaltado me pertenece).

8. En el caso no viene controvertido que el imputado es periodista y, conforme surge de los registros fílmicos de los tres hechos que dieron lugar a la sanción, más allá de que se comparta o no las formas y expresiones utilizadas y que puedan resultar de buen o mal gusto, el mismo expone números y finanzas de la entonces primera dama y del presidente de la Nación, haciendo hincapié en el nivel de gastos de la pareja y los ingresos presuntamente declarados. En el marco de esa opinión crítica utiliza expresiones que en la denunciante provocaron, según surge del legajo, una afectación a su honor, dignidad e intimidad.

Tal como resolvió la Corte Suprema en "Brieger" el hecho de que las manifestaciones publicadas resultaran susceptibles de herir los sentimientos del actor "no justifica una condena indemnizatoria". En el presente caso, además, existe una diferencia sustancial con lo resuelto en el mencionado precedente y es que no estamos ante una condena indemnizatoria sino que ante una pena privativa de la libertad.

Es decir, en autos se convalidó que se aplique la herramienta estatal con mayor injerencia en los derechos y libertades de las personas, en tanto, el derecho contravencional reúne las mismas características que el penal pero a nivel local. Es así que el principio de legalidad rige de la misma manera que en la aplicación de normas penales. Por lo tanto requiere, para el legítimo ejercicio del poder punitivo, los mismos presupuestos que aquel: la ley penal debe ser previa, estricta, escrita y cierta. En efecto el artículo 4 del Código Contravencional recepta específicamente este principio de legalidad y exige a los operadores interpretar los tipos contravencionales "en forma estricta" (cf. mi voto en "[Sajoux](#)", [expte. n° 15859/18](#), resolución del 10/02/2021).

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana ha señalado que "es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información". En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio

de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano” (“Kimel vs. Argentina”).

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

Por lo tanto, a la luz de lo hasta aquí expuesto, es dable concluir que corresponde la máxima rigurosidad en la aplicación de las normas contravencionales transcritas en el punto 7 del presente voto. Así es fácil y manifiesto advertir que los hechos aquí investigados ya sea porque se los interprete como el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido (libertad de expresión); o se entienda que las conductas no encuadran estrictamente en los tipos de discriminación, hostigamiento digital o difusión de imágenes que se le atribuyen; o ya fuera que se considere que estos hechos están fuera del fin de protección de dichas normas contravencionales y, por lo tanto, que no existe nexo de imputación objetiva; por cualquiera de esos tres motivos la solución no puede ser otra más que la absolución de imputado.

Es preciso recordar, por lo demás, que dos de los tipos contravencionales en los que se funda la condena expresamente excluyen el juicio de reproche de conductas que, aunque reúnan los elementos del tipo, “no configura contravención el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

9. En esas condiciones voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara y de primera instancia y disponer la absolución del Sr. Prestofelippo.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. La sentencia apelada

El recurrente, cuya profesión como periodista no viene cuestionada, recurre la decisión de la Cámara que confirmó la de primera instancia en cuanto lo había condenado a la pena de 30 días de arresto domiciliario, y a las penas accesorias de interdicción de cercanía con la denunciante e instrucción

especial consistente en asistir a un taller del “Programa Capacitación en prevención de Prácticas Discriminatorias”. Ello, por considerarlo autor de las contravenciones consistentes en: A. discriminar (art. 68, conforme ley nro. 6017, vigente al tiempo del hecho identificado por el tribunal *a quo* como 1; y, conforme ley 6307 vigente al tiempo de los hechos identificados como 2 y 3); B. difusión no autorizada de imágenes (art. 71 *bis* de la ley 1472, conforme ley nro. 6128, actual art. 75, CC); y, por último, C. hostigamiento digital (art. 71 *ter* de la ley 1472, texto conforme a la ley 6128, actual art. 76, CC), (cf. Actuación nro. 2393886/2022).

Las conductas involucradas, típicas en la lectura de la Cámara, vienen descritas por los jueces de la causa, textualmente, de la siguiente manera (consid. IV del voto del juez Bosch, compartido por sus colegas):

“En una fecha cercana al 25 de abril del año 2020, filmó un video en el que él mismo aparece bajo el titular ‘más y más censura’ junto a una foto de quien sería Fabiola Yañez en ropa interior, refiriendo que el Presidente de la Nación, Alberto Fernández, habría expresado que están atacando a su mujer con violencia de género y ‘toda esa pelotudez’ –dichos del denunciado-, para luego manifestar concretamente “si yo el día de mañana en twitter publico una foto de tu mujer en pelotas, porque las tiene, porque es el pasado de tu mujer, yo termino en cana...de última flaco, bancate la mina con la que te acostas, hay que tener pelotas, no te buscaste una mina de su casa, te buscaste una mina que en los grandes canales de televisión no la conocen precisamente por ser primera dama, la conocen por otros prontuarios, déjate de joder Alberto, déjate de joder’. Dicho video fue republicado por el usuario de la red social Facebook ‘Agencia NOVA’, registrada bajo la URL <https://www.facebook.com/AgenciaNOVAok/>, el día 25 de abril de 2020, el cual se titula ‘El Presto también se manifestó en contra de la censura de Alberto Fernández a NOVA’” (Hecho 1).

“El día 3 de agosto de 2020, utilizando la plataforma Youtube “ElPrestoOK”, publicó en dicha plataforma un video denominado “¿PROSTITUCIÓN VIP? | La fácil vida de la Primera Dama argentina”, URL <https://www.youtube.com/watch?W=GGJW6gkqLQ&feature=youtu.be>, en el cual se observa el titular “Resumen Semanal ¡Bomba! A Fabiola no le cierran los números”, un logo en el margen izquierdo que refiere “El Presto”, y sobre la derecha “archivo 10/06/2020” y al mencionado hablando y haciendo referencia a la Sra. Fabiola Andrea Yañez, actual primera dama. Dentro de dichas manifestaciones, hace referencia a la vida personal de la nombrada, su profesión como actriz y sus ingresos, todo anterior al lugar público que ocupa actualmente. Asimismo, hace a su posición económica actual y la vestimenta que utiliza hoy en día, para luego referir frases tale como ‘a mí me molesta cuando a cualquier ‘michifus’ lo terminamos manteniendo nosotros, ¿queda claro?, lo termina manteniendo el pueblo argentino, y llámenme ‘machirulo’, me chupa un huevo’... ‘Yo entiendo Fabiola, no te dio para otra cosa en la vida que para terminar acostada con este viejo impotente para tratar de ser alguien... cada mujer cada hombre hace lo que puede, algunos estudian, otras se

rompen el lomo trabajando y otros se acuestan con hombres o mujeres con plata para tratar de pescar algo´ ...´caradura, parásito´” (Hecho 2).

“El día 4 de agosto de 2020, utilizando el perfil con URL <https://www.facebook.com/elprestoOk>, realizó una publicación con la inscripción `MIRALO ANTES DE QUE LO CENSUREN: Link: <https://youtu.be/WGJW6gkqL0Q> ¿Cómo hacía la `Primera Dama´ para vivir en un lujoso departamento de Puerto Madero con un humilde sueldo? ¿Y sus números en AFIP?´, junto a una foto en la que se observa a Fabiola Yáñez con la leyenda `PROSTITUCION VIP LA FACIL VIDA DE LA PRIMERA DAMA; link que, a su vez, remite al video de Youtube mencionado en el punto anterior y que fuera publicado en dicha plataforma por el usuario `ElPrestoOk´” (Hecho 3).

La Cámara entendió que los tres hechos descriptos encuadraban cada uno de ellos en la contravención de discriminar y en la de hostigamiento. En cambio, sólo los hechos identificados como 2 y 3 encuadraban, además, en la contravención de difusión no autorizada de imágenes.

2. Los agravios

El recurso de inconstitucional, concedido en su totalidad por el tribunal *a quo*, sostiene que la criminalización referida en el punto anterior viola su derecho a manifestarse crítica y libremente acerca de un asunto de interés público. Textualmente expone “[e]s de interés público lo que la señora Yáñez promueva, exprese, actúe, accione, produzca, para toda la comunidad, puesto que la sociedad entera, con su voto, ha elegido democráticamente a un presidente y sus circunstancias, y solventa sus gastos. //Aquí, se manifiesta una verdadera cuestión de estado, en donde debe primar la transparencia y la información pública de funcionarios elegidos por el pueblo” (cf. punto III.C. del recurso de inconstitucionalidad). Dice que, en función del claro vínculo que une a la aquí denunciante con el Presidente de la Nación, con el alto grado de exposición pública que ello conlleva, gozaría esa figura pública, caracterización que aquí no viene discutida, de una “... menor tutela en torno al derecho al honor (...). //En el caso, se está mencionando a la Señora Fabiola Yáñez, persona indudablemente de interés público con una responsabilidad social en lo que atañe a su rol como primera dama”. Por último, entiende que por tratarse de una cuestión de interés público reportada por un periodista resulta aplicable el estándar sentado por la CIDH en los casos “Kimel”¹ y “Fontevicchia”².

Postula que, contrariamente a lo afirmado por los jueces de mérito, el contenido de su video no versó acerca de opiniones, sino de hechos que interesan a la sociedad, es decir, de información.

¹ Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. [Serie C No. 177](#), Corte IDH.

² Caso Fontevicchia y D´Amico Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. [Serie C No. 238](#), Corte IDH.

Asimismo, refiere que no concurren los elementos del tipo de discriminación, en este caso, por razones de género; sino que sus dichos, sin importar el género de la destinataria, buscaron informar o alertar a la sociedad acerca de un asunto de interés público, consistente en el supuesto mal uso de fondos públicos. Postula que “... si en ese lugar hubiera colocado un hombre (por tener presidente mujer, por ejemplo), las críticas se sostendrían denotando que la vertida por el condenado no es una retahíla de ataques a una mujer, sino una función pública determinada —pareja presidencial— que, en este caso, está siendo ejercida por una mujer”.

A su turno, afirma que no difundió imágenes de la denunciante sin su autorización, en la medida en que, al momento del hecho, ellas ya se encontraban publicadas y disponibles en Internet, aspecto no controvertido. Sostiene que no se le puede atribuir “... la difusión de imágenes que de por sí se encontraban publicadas y más aún, tratándose de la primera dama, serían vistas por quien deseara indagar al respecto de la vista de la Sra. Yáñez”.

Finalmente, señala que no se dan aquí los elementos del tipo de hostigamiento, pues ni viene verificado el elemento que pudiera infundir temor o miedo en la denunciante, ni, a su turno, la reiteración en la conducta, elementos exigidos por la norma. Que, sus expresiones no tuvieron como finalidad infundir temor en la querellante.

3. Conflicto entre libertad de expresión, derechos de información y al honor

Primeramente, cabe analizar el agravio vinculado a la vulneración del derecho a expresarse libremente, previsto en la CN, en la CADH y la CCBA, materias propias de la jurisdicción de este Tribunal.

3.1. Tanto la CN (arts. 14 y 33) como la CCBA (art. 12.2) dan derecho, por una parte, a la libre expresión, en particular la difundida por medios de alcance masivo. La primera de ellas, establece, en lo que aquí importa, que “... todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Por su parte, la CCBA prevé que “La Ciudad garantiza. (...) [e]l derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente y expresar sus opiniones e ideas, por cualquier medio y sin ningún tipo de censura”. La CN prevé que los habitantes “gozan” del derecho en cuestión, la CCBA lo “garantiza”. La CADH —que integra la Suprema Ley de la Nación por la doble vía de los arts. 31 y 75, inc. 22 de la CN — reconoce el “derecho a la libertad de pensamiento y expresión”. Esa misma Convención se ocupa de comprometer a los estados contratantes en la protección de la honra y la dignidad en estos términos:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada,

en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La protección al honor y a la dignidad viene consagrada en la CN como uno de los derechos del art. 33, lo que implica un piso de protección a nivel local, a lo que se suma la referencia reiterada de la CCBA a la igual dignidad de las personas, en el Preámbulo, así como fundamento de diversos reconocimientos específicos en sus arts. 11, 12 y 13. La protección al honor se logra, en muchos casos, mediante la restricción a la expresión que lo afecta.

Un tercer derecho, en lo que aquí nos convoca, es el de quienes convivimos en sociedad democrática a mantenernos informados de aquello que merece, actual o potencialmente, nuestra atención colectiva, así como a conocer la opinión de nuestros otros consocios —CCBA (art. 12.2)—. La CADH lo refiere en estos términos: “buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Un cuarto derecho, vinculado con los anteriores, es el de ver protegida la intimidad (arts. 19 y 33, CN y 12.3, CCBA).

Inevitablemente estos derechos entran, hasta frecuentemente, en colisión. En efecto, en muchas ocasiones, la CSJN recurriendo a la ponderación de derechos en pugna, ha tenido oportunidad de expedirse acerca de la cuestión.

En el precedente “*Ponzetti de Balbín, I. c/ Editorial Atlántida*” (Fallos: 306:1892), trató el supuesto en el que venían enfrentados el derecho a la intimidad y a la expresión periodística. La esposa y el hijo del Dr. Ricardo Balbin habían demandado por daños y perjuicios a la Editorial Atlántida, por haber publicado una foto en que se lo veía en la clínica en que recibió los últimos cuidados médicos. Allí, la CSJN señaló que la fotografía, tomada a escondidas, excedía el límite legítimo y regular del derecho a la información, y, consecuentemente, afectaba el derecho a la intimidad. Refirió que “... en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de la vida, no ha fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizando, tácita o expresamente la invasión de su privacidad y la violación del derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones” (cf. cons. 9). En ese escenario, la CSJN concluyó que la publicación había excedido el límite legítimo y regular del derecho a informar, pues, lejos de atraer el interés público, había provocado sentimientos de rechazo en “la sensibilidad de toda persona normal”; que, la publicación configuraba una violación del derecho a la intimidad. La imagen fotográfica, como anticipé, había sido capturada clandestinamente.

También, entre muchos otros, en el precedente “*Pando de Mercado, Cecilia c/Barcelona*” (Fallos: 343:2211), la CSJN analizó la colisión entre el derecho al honor y libertad de prensa. La Sra. Pando demandó a la revista Barcelona o Gente Grossa S.R.L por un montaje fotográfico, publicado en tapa de la revista, con leyendas que consideró lesivas de sus derechos al honor y a la imagen. La CSJN, concluyó que las expresiones —que habían versado sobre la denunciante en su faceta de figura pública y vinculadas a asuntos de interés público—, resultaban amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión. Sobre este caso y, específicamente, en lo relativo a las figuras públicas, volveré más adelante.

Más allá del reconocimiento por los tribunales federales y locales argentinos, es imprescindible atender a la jurisprudencia de tribunales internacionales. Ello así, por la enorme atención que se presta en el concierto de las naciones a la libertad de expresión y de información como baremo para calificar al estado de derecho a nivel nacional³. Cabe atender, en particular, a los criterios de la Corte Interamericana de DDHH (en adelante, la “Corte IDH”), por lo que tienen de imperativos sus fallos y opiniones consultivas para la Argentina como estado contratante del Pacto de San José.

La Corte IDH ha reconocido que “(...) la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, 'es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática’⁴. Vale señalar que esta relación con la sociedad democrática resulta muy natural y así lo ha visto ese Tribunal no obstante que la CADH no utiliza la referencia explícita a la democracia contenida en el art. 10 aun siendo bien posterior al texto europeo. Así lo sostuvo en los casos “*Herrera Ulloa*”⁵ y “*Granier y otros (Radio Caracas Televisión)*”⁶; en el primero de ellos remarcó que “(...) sin una efectiva libertad de expresión, [...] la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”. En el segundo indicó que “(...) la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general,

³ A puro título de ejemplo, la meta 16.10 de la Agenda 2030 aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 2015 dice así: 16.10. garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de acuerdo con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.

⁴ Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. [Serie C No. 446, § 87](#), Corte IDH.

⁵ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. [Serie C No. 107, § 116](#), Corte IDH.

⁶ Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. [Serie C No. 293, § 161](#), Corte IDH.

quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. Agregó que “(...) el alcance del artículo 13.3 de la Convención debe ser el resultado de una lectura conjunta con el artículo 13.1 de la Convención, en el sentido que una interpretación amplia de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de 'vías o medios indirectos' para restringirlas”.

También ha reconocido dos dimensiones de la libertad de expresión. Por un lado, “(...) [la] dimensión individual, [que] (...) no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”⁷. Por otro lado, la dimensión social, que “(...) comprende [el] derecho [de las personas] a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”⁸. Acerca de esta última, sostuvo en la Opinión Consultiva-05/85 que “(...) la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos”⁹. “(...) [E]l mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”¹⁰.

A su turno, en el caso “*Mémoli*”¹¹, sostuvo que el art. 13.2, CADH “(...) establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a

⁷ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. [Serie C No. 107](#), § 109, Corte IDH.

⁸ La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. [Serie C No. 73, § 66](#), Corte IDH.

⁹ La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. [Serie A No. 5](#), § 32.

¹⁰ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. [Serie C No. 74](#), § 151).

¹¹ Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. [Serie C No. 265](#), § 130, Corte IDH

un objetivo permitido por la Convención Americana ('el respeto a los derechos o a la reputación de los demás' o 'la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas'), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)".

Finalmente, y en lo que aquí resulta particularmente relevante, resta mencionar el caso "*Álvarez Ramos*"¹², en el que la Corte IDH refirió que "(...) es necesario que el Estado realice una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de quien comunica y el derecho a la honra de la persona afectada. A eso se suma la obligación que tiene el Estado de propiciar medios judiciales para que quien se vea afectado en su honra pueda exigir su protección". Continuó diciendo que "(...) la persecución penal es la medida más restrictiva a la libertad de expresión, por lo tanto su uso en una sociedad democrática debe ser excepcional y reservarse para aquellas eventualidades en las cuales sea estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques que los dañen o los pongan en peligro, pues lo contrario supondría un uso abusivo del poder punitivo del Estado".

El caso "*Kimel Vs. Argentina*" resulta también particularmente ilustrativo. Allí, el autor del libro "La masacre de San Patricio" fue demandado por calumnias y luego por injurias. Criticaba en él la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, cometidos durante la dictadura militar, particularmente, la de un juez. Los tribunales argentinos, por encontrar al periodista Eduardo Kimel autor del delito de calumnias, lo condenaron a la pena de un año de prisión en suspenso y pago de una multa de veinte mil pesos. En su intervención, la Corte IDH señaló que la crítica realizada por Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo, no con su vida personal; tampoco le había imputado una conducta ilícita sino que, nuevamente, se relacionaba con la causa judicial a su cargo. En ese escenario, la CIDH concluyó que la afectación a la libertad de expresión realizada por el Estado argentino había sido manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación a la alegada violación del derecho a la honra del juez querellante. Señaló que la restricción al derecho de libertad de expresión tendría que "... lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra" (cons. 84).

¹² Caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. [Serie C No. 380](#), § 107, Corte IDH.

3.2. Antes que con una ponderación entre derechos en juego — *balancing test*—; tal como lo señaló la Corte IDH en los casos “*Álvarez Ramos*” y “*Kimel*”, recién citados, ponderación que puede desembocar en una prelación axiológica impregnada de subjetividad, se encuentra la combinación óptima en un examen riguroso del interés jurídico que cada uno de ellos tutela, así como de la voluntad con que el titular de un derecho —v.gr., intimidad y honor— se expone al legítimo interés del titular de los derechos de expresión, información e intercambio de opiniones, o aun lo suscita. En todos los casos, pero, particularmente en el de expresión, el examen debe reposar en reglas y hechos que hayan permitido conocer a quien se expresó a qué se expone, de manera tal que la incertidumbre acerca de las consecuencias de su actuar no imponga una mordaza al prudente. Veamos.

3.3. La exposición voluntaria.

La exposición voluntaria a la observación pública ha sido vista como un supuesto de válida resignación a la tutela tanto de la intimidad como del honor. Ciertamente, no cabe conceptuar esa exposición como una renuncia, sino como una carga que asume quien suscita el legítimo interés público en su persona y acciones. Por ende, no cabe ingresar en el foco del interés con “reserva de inventario”. Pero, hay grados de exposición. Los **funcionarios públicos** asumen el deber de rendir cuentas de sus gestiones, del mecanismo y antecedentes de su selección, de las relaciones, potenciales intereses y aun inclinaciones psicológicas que pueden influir en su obrar. De ahí que deban soportar las noticias desagradables y aun las falsas si no media, en el emisor, real malicia, esto es, conocimiento de falsedad o desprecio por ella¹³; y, sin duda, debe soportar la descalificación de su persona o gestión en la medida en que ella exteriorice una apreciación de **interés público**. Sin embargo, se ha entendido que la opinión puede ser dura, pero, no una pura invectiva destinada a herir. En palabras de la Corte Suprema de los EE.UU:

“...el individuo que decide ocupar un cargo gubernamental debe aceptar las consecuencias que la participación en asuntos de interés público conlleva. Se expone al riesgo de un mayor escrutinio público que de otro modo no tendría. Y el interés de la sociedad en los funcionarios públicos no se limita estrictamente al cumplimiento formal de los deberes oficiales. Como señaló la Corte en *Garrison v. Louisiana*, el interés público se extiende a ‘cualquier cosa que pueda afectar la idoneidad de un funcionario para el cargo... pocas características personales son más relevantes a la hora de determinar la idoneidad del cargo que la deshonestidad, la mala conducta o la motivación indebida, aunque [el escrutinio de aquellas] importe también inmiscuirse en la vida privada del funcionario’”¹⁴.

Al respecto, también resulta ilustrativo el precedente *Chaplinsky v. New Hampshire*¹⁵ de la misma Corte. Cito este precedente, porque contiene un estándar compartible aun cuando quepa abrigar dudas en cuanto a cómo fue

¹³ Caso “Vago, Jorge A. c. Ediciones La Urraca S. A. y otros” (CSJN) que remite al precedente de la Corte Suprema de los EEUU, *New York Times Co. v. Sullivan*, [376 U. S. 254](#).



aplicado en el caso. Más allá de que los hechos que lo ocasionaron fueron objeto de controversia, lo que relata la Corte Suprema de los EE.UU. es que Chaplinsky era un Testigo de Jehovah que se encontraba en la vía pública, precisamente al lado de la entrada del edificio central de la administración del distrito de Rochester, distribuyendo literatura que atacaba las formas más convencionales de religión. Su conducta causó un tumulto que bloqueó las calles e hizo que el comisario municipal lo desalojara (aunque sin detenerlo). De camino a la comisaría, volvió a ver al comisario, a quien le gritó “eres un maldito corrupto” (damned racketeer) y “un maldito fascista y todo el gobierno de Rochester son fascistas o agentes de fascistas”; expresiones que fueron catalogadas como “fighting words” (no amparadas por el derecho de libertad de expresión), lo que a la postre dio lugar a su detención y posterior condena. Destaco que Chaplinsky dirigió sus palabras al funcionario, no al público, de manera que difícilmente haya tratado de informarlo. Pero, en cambio, ese Tribunal amparó expresiones peyorativas en el caso *Letters Carriers v. Austin*¹⁶, que merecen una consideración específica. Se trataba del uso de la palabra *scab* que, aplicada a un trabajador remiso a solidarizarse como la acción colectiva de sus compañeros sindicalizados, podría ser traducida como “traidor” o “carnero”. Los trabajadores apostrofados no eran funcionarios, ni siquiera personas que se hubieran expuesto con el alcance a que me refiero en el párrafo siguiente, pero, la mayoría del Tribunal entendió que era un modo protegido de instar al accionar sindical¹⁷.

¹⁴ En su idioma original: “...an individual who decides to seek governmental office must accept certain necessary consequences of that involvement in public affairs. He runs the risk of closer public scrutiny than might otherwise be the case. And society's interest in the officers of government is not strictly limited to the formal discharge of official duties. As the Court pointed out in *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. at 379 U. S. 77, the public's interest extends to ‘anything which might touch on an official's fitness for office. . . . Few personal attributes are more germane to fitness for office than dishonesty, malfeasance, or improper motivation, even though these characteristics may also affect the official's private character’. Those classed as public figures stand in a similar position. Hypothetically, it may be possible for someone to become a public figure through no purpose fulaction of his own, but the instances of truly involuntary public figures must be exceedingly rare. For the most part, those who attain this status have assumed roles of especial prominence in the affairs of society. Some occupy positions of such persuasive power and influence that they are deemed public figures for all purposes. More commonly, those classed as public figures have thrust themselves to the forefront of particular public controversies in order to influence the resolution of the issues involved. In either event, they invite attention and comment.” (*Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

¹⁵ 315 U.S. 568 (1942).

¹⁶ 418 U.S. 264 (1974).

¹⁷ Allí, la Corte de los EE.UU sostuvo que: “(...) la sentencia estatal por difamación que surgió a raíz de la publicación en el boletín (diario) sindical no se corresponde con la protección de la libertad de expresión en los conflictos laborales reconocida en *Linn*. El uso del término “scab” (traidor), que es literal y fácticamente cierto, y forma parte del lenguaje común en conflictos laborales, se encuentra protegido por la ley federal. La publicación de expresiones peyorativas no puede ser enjuiciada, en la medida en que el uso de palabras como “traidor” no pueden ser vistas como afirmaciones de hecho y su uso figurado para manifestar el fuerte desacuerdo del sindicato con las opiniones de los empleadores que se oponen a la sindicalización también se

Aun sin estar investida de una función pública, una persona puede suscitar el interés público. Puede ser el caso de un artista, cuyos gustos y andanzas pasan a suscitar la atención del público. Este sería el caso de la destinataria de las expresiones cuestionadas, que la Cámara calificó como figura pública. Es ilustrativo a este respecto el precedente *Gertz v. Robert Welch Inc*¹⁸. En él venían tuteladas por el tribunal *a quo* una serie de supuestas informaciones acerca de la filiación comunista de Gertz quien se había desempeñado como abogado de la familia de la víctima de un delito. Aquí nos encontramos con varios matices que entiendo apropiado destacar, más allá de lo dicho explícitamente por el *ad quem*. Gertz había despertado interés por el caso efectivamente destacado por la opinión pública, pero, nada había hecho para llamar la atención sobre sí, distinto de ejercer su ministerio de defensor. Obviamente, un cuestionamiento del defensor tiene impacto sobre su defendido en muchos sentidos. De manera que no sólo el honor del abogado estaba en juego sino también el interés de su cliente. Convertir la aceptación de una defensa o un patrocinio en supuesto de exposición podría disuadir a muchos letrados serios de aceptar el encargo, lo que limitaría el universo de selección de quien se ve envuelto en un litigio. Se suma el hecho de que favorecer la exposición mediática sin resguardo favorece la contaminación del cliente con el pasado del abogado. Allí la Corte de EE.UU. sostuvo que, en ciertos supuestos, las figuras públicas se encuentran, respecto del nivel de tolerancia, en una situación próxima a la de los funcionarios públicos. Ello así, en la medida en que, según ese Tribunal:

“... Por hipótesis, es posible que alguien se convierta en una figura pública involuntariamente, aunque es extremadamente raro. En general, quienes alcanzan ese estatus han asumido roles de especial prominencia en los asuntos de la sociedad. Algunos ocupan posiciones con un poder persuasivo e influencia tal que son considerados figuras públicas para todos los propósitos (...) // [y que] ... los medios de comunicación tienen derecho a actuar bajo la presunción de que los funcionarios y figuras públicas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir daños por difamación”¹⁹.

encuentran protegidas por la ley federal. Cf. *Greenbelt Cooperative Publishing Assn. v. Bresler*, [398 U. S. 6](#). Pp. 418 U.S. 282-287”.

En su idioma original: “... *The state libel award arising out of the publication of the union newsletter here did not comport with the protection for freedom of speech in labor disputes recognized in Linn. The use of the epithet "scab," which was literally and factually true, and is common parlance in labor disputes, was protected under federal law. Publication of the pejorative definition was like wise not actionable, since the use of words like "traitor" cannot be construed as representations of fact and their use in a figurative sense to manifest the union's strong disagreement with the views of workers opposing unionization is also protected by federal law. Cf. Greenbelt Cooperative Publishing Assn. v. Bresler, 398 U. S. 6. Pp. 418 U.S. 282-287*”.

¹⁸ 419 U.S. 323 (1974).

¹⁹ En su idioma original: “*Those classed as public figures stand in a similar position. Hypothetically, it may be possible for someone to become a public figure through no purposeful action of his own, but the instances of truly involuntary public figures must be exceedingly rare. For the most part, those who attain this status have assumed roles of especial prominencia in*

En ese escenario, se sostuvo que a los fines de determinar si una persona puede ser calificada como figura pública corresponde observar "...la naturaleza y extensión de su participación en la controversia que da lugar a la difamación"²⁰.

El TEDH entendió que no incumplía el Tratado Europeo de DDHH, en cuanto protege el honor, considerar que la amante del "National Conciliator" finlandés, involucrada precisamente con una persona pública y, a su turno, envuelta en altercados que terminaron con el funcionario condenado y la amante multada, había voluntariamente entrado a la "esfera pública" (public domain).

Vale señalar que los pronunciamientos de la Corte de Estrasburgo deben ser apreciados a la luz de estas dos circunstancias. Por una parte, no sientan, como lo hace la Corte Suprema de los EEUU, la solución del Tribunal acerca de la protección de ciertas expresiones frente a la legislación que la proscribiera, sino algo emparentado, pero, distinto: si las naciones demandadas han obrado por fuera del margen de apreciación nacional en lo que hace al cumplimiento del Tratado Europeo de DDHH. Es un examen similar en términos lógicos al de la Corte IDH. Ello lleva a que pueda aparecer la misma conducta como protegida o punible según el estado contratante de que se trate. Por cierto, el margen de apreciación tiene límites. Por la otra, el art. 10 del TEDH que rige la libertad de expresión instala como parámetro la sociedad democrática lo que emparenta la concepción filosófica del TEDH con el principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno fuentes de los derechos implícitos del art. 33 de la CN.

Un caso en que entendió excedido ese margen y violado el art. 10 de la CEDH con la aplicación de una ley que imponía una reparación económica tiene alguna similitud con nuestro caso, en razón del tipo de expresión de que se trata. El pronunciamiento entendió que la medida excedía lo necesario en una sociedad democrática. En el precedente "*Patrício Monteiro Telo de Abreu v. Portugal*" (application no. 42713/15) la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo unánimemente que había sido violado el art. 10 de la Convención Europea de DDHH que asegura la libertad de expresión en el supuesto de la condena a multa y reparación de daños por difamación agravada. Los hechos eran los siguientes: el actor, concejal municipal de Elvas, fue multado a raíz de

the affairs of society. Some occupy positions of such persuasive power and influence that they are deemed public figures for all purposes. More commonly, those classed as public figures have thrust themselves to the forefront of particular public controversies in order to influence the resolution of the issues involved. In either event, they invite attention and comment. Even if the foregoing generalities do not obtain in every instance, the communications media are entitled to act on the assumption that public officials and public figures have voluntarily exposed themselves to increased risk of injury from defamatory falsehood concerning them".

²⁰ En su idioma original: "absent clear evidence of general fame or notoriety in the community, and pervasive involvement in the affairs of society, an individual should not be deemed a public personality for all aspects of his life. It is preferable to reduce the public figure question to a more meaningful context by looking to the nature and extent of an individual's participation in the particular controversy giving rise to the defamation".

una publicación en su blog en perjuicio de E.G., la “mano derecha” del alcalde de un municipio. Específicamente, se trataba de tres dibujos que representaban un burro de pelo blanco vestido de traje, a la vera de una chancha con pechos desnudos y cabello rubio con medias de encaje, ligas y tacos altos, rodeados de cerditos también desnudos y usando un brazalete con las letras “CMR” (sigla de la *Câmara Municipal de Rondônia*). Las pinturas eran del artista local, A.C., y parte de una serie publicada, desde 2007, en el periódico local *O Despertador*, titulada *A Rondônia*. El término había sido usado por un muy conocido periodista en una columna política publicada en 2006 en el periódico *Público* parodiando al Concejo Deliberante de Elvas conducido en ese entonces por el Sr. José Rondão Almeida, miembro del Partido opositor al del requirente ante el TEDH. La Corte sostuvo que los tribunales nacionales no tuvieron suficientemente en cuenta el contexto en el cual el demandante había publicado las imágenes en su blog, es decir, no habían llevado a cabo un balance entre los derechos en cuestión, ni tomado en consideración las características de sátira política emergentes de la jurisprudencia de la Corte o hecho referencia alguna a la jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de expresión. La Corte entendió que las razones dadas por los tribunales nacionales para justificar la condena no podían ser vistos como relevantes y suficientes. En su visión, imponer sanciones penales por conductas tales como las del demandante en el caso podrían producir un efecto disuasivo en la sátira concerniente a asuntos políticos. La condena no había sido “necesaria en una sociedad democrática”.

En marzo de 2009, la Srta. E.G., también concejal en Elvas querelló al actor, al artista y al editor de *O Despertador*, invocando daños a su honor y reputación por la índole de las imágenes empleadas. La condena del tribunal nacional se basó en que la cerda dibujada representaba a E.G., el burro al alcalde de Elvas y que E.G. era la “mujer mano derecha”, sumado a que era bien conocida en la municipalidad de Elvas y que las imágenes evocaban prostitución y desenfreno, voracidad sexual, causándole angustia y ansiedad. Poner a la cerda al lado del burro, implicaba que existía una relación íntima entre ambos. Finalmente, hizo notar que el demandante era un oponente declarado del ejecutivo de Elvas y que había retirado los dibujos de su blog tan pronto como se enteró de la demanda promovida por E.G.

El medio empleado —blog accesible vía internet—, el contenido —referencia degradante a la mujer como prostituta—, y el tipo de expresión y alusión también. Podría verse una distinta actitud en el emisor de las expresiones protegidas en tanto las retiró apenas tomó conocimiento de la presentación judicial de la víctima, pero, en verdad, eso no aparece como eliminación del carácter ultrajante de la expresión.

Por su parte, nuestro máximo Tribunal se ha pronunciado acerca de este punto, entre otros, en el caso “*Pando de Mercado*”, ya citado. La señora Cecilia Pando de Mercado está dentro de la categoría de figura que, sin ser funcionaria, ha llamado la atención del público. La tapa de la revista Barcelona la presentó de un modo que la ridiculizaba. La CSJN entendió que la editorial

demandada había obrado dentro del campo tutelado por el derecho a la libertad de expresión. Por una parte, la actora venía pronunciándose públicamente en favor de personas enjuiciadas por hechos cuya repercusión difícilmente pueda exagerarse. A lo que se agrega que la revista no la satirizaba por sus opiniones sino por una acción específica destinada a manifestarlas. Es decir, la sátira pesaba sobre la acción de la actora. Otro elemento que tomó en consideración la CSJN es que todo el tono de la revista era de sátira pesada, lo que supone una perspectiva conocida de antemano por el lector que lo aleja del potencial engaño, pone un filtro entre lo publicado y el lector y lleva a éste a la persuasión por medio de la ironía, género este último que, entendió la Corte, tiene una tradición consagrada como crítica política.

Con esta perspectiva, en el *sub lite*, las expresiones examinadas por el *a quo* quedan amparadas por la garantía constitucional a la libertad de expresión. Primeramente, algunas de ellas, concretamente la participación de la querellante en una representación teatral, que viene ridiculizada y hasta chocantemente presentada como parte de un estilo denostado en el discurso materia de autos, es un supuesto en el que la víctima se expuso a la atención pública voluntariamente. En cambio, su rol de primera dama debe ser apreciado con distinta perspectiva. Aunque la relación con el Presidente sea fruto de la voluntad, no se sigue de ello que la primera dama se expone voluntariamente al ojo público. Ello depende de que decida participar dentro del protocolo, ir más allá de la exposición que éste le señala —caso, por ej., de Michelle Obama— o adoptar una actitud más introvertida —sería el caso de la esposa de George Bush padre—. La decisión que viene cuestionada no ha reparado, siquiera mínimamente, en esta distinción. Consecuentemente, no ha detectado el *a quo* que la denunciante se haya apartado de una normal observancia del protocolo. Algunas expresiones de las que el tribunal *a quo* categorizó como contravención tienen un tono que ha sido visto por los jueces como muy hiriente y hasta discriminatorio como mujer. No nos toca estimar cuál es el grado de violencia de la invectiva, ni su mal gusto. Ello, es cuestión de hecho, ajena por ello a nuestra jurisdicción. Empero, esas expresiones vienen estrechamente vinculadas a una expresión tutelada. Mediante una descalificación grosera de la relación entre la denunciante y el Presidente, pone en tela de juicio la corrección con que este último dispone de los fondos públicos y la entereza de su carácter, pone a la víctima como inspiradora de esas disposiciones incorrectas y al Presidente como la parte débil de la relación de pareja que cedería a la influencia de la víctima. Estos asuntos, a saber, centralmente el uso del dinero público y, aunque en medida menor, la debilidad de carácter del Presidente son de la especie que suscita legítimo interés en el público. Como dije, no se ve cómo separar unas expresiones de otras, y, lo más importante, no las separó el *a quo*. Tampoco se advierte que vincular las expresiones peyorativas a la descalificación de la conducta pública del Presidente haya sido un mero subterfugio para poner artificialmente las invectivas o conceptos humillantes al abrigo de un derecho constitucional.

Consideración específica merece la circunstancia de que, aún la conducta calificada de hostigamiento, consistió en expresiones dirigidas al público, no a la persona descalificada. Ello nos aleja del supuesto Chaplinsky y también del tipo del hostigamiento. Aun cuando quepa pensar en maniobras de hostigamiento indirecto, esto es, maniobras dirigidas a terceros antes que a la víctima, lo cierto es que tienen que ser concebidas para generar impacto en ella, hacerla sentir herida o amenazada. La que ocupó al *a quo* está dirigida a generar opinión en el público antes que impacto en la persona descalificada. En tales condiciones, más allá de que el análisis para el que estamos convocados no requiere expedirse acerca del carácter típico de la conducta reprochada, lo cierto es que no veo que el tribunal *a quo* haya podido encuadrar las acciones que describe en la figura que elige.

En tales condiciones, las expresiones del imputado están protegidas por la CCBA.

4. Delitos y contravenciones

Ello sentado, introduzco una cuestión que no pudo quedar fuera del análisis de los jueces de la causa y que, aunque no nos fue traída, debe guiar nuestra solución. Se trata de la relación existente entre las contravenciones por las que viene condenado el recurrente y los delitos del Código Penal y leyes complementarias²¹.

4.1. La misión de los tribunales superiores y la de los jueces de mérito difiere aun cuando unos y otros se expidan en las mismas causas. Estos últimos tienen la muy delicada tarea de atender con dedicación a cada caso particular, ponderar prudentemente sus circunstancias y arribar a una solución justa dentro de lo que marque el orden jurídico.

²¹ Código Contravencional, texto conforme ley 6017, artículo 68 -Discriminar-. Quien discrimina a otro por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo, es sancionado/a con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública o cuatrocientos (\$ 400) a dos mil (\$ 2.000) pesos de multa. Acción dependiente de instancia privada.

Texto actual **ARTÍCULO 71.-** Discriminar - Quien discrimina a otro por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica, laboral o por cualquier otra circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es sancionado/a con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública o ciento cincuenta y ocho (158) a setecientos noventa y tres (793) unidades fijas de multa.

Acción dependiente de instancia privada.

Cuando la conducta objeto del presente esté motivada en razón de que por su condición laboral la persona afectada se encuentre en contacto con personas infectadas o casos denominados sospechosos de alguna enfermedad contagiosa, o porque su tarea se desarrolla o presumiblemente se desarrolla en espacios donde puede tener contacto con enfermedades "contagiosas", la persona sancionada deberá realizar un curso de inducción vinculado con dichas circunstancias.

Los tribunales superiores, antes que el caso en su integridad, examinan cuestiones suscitadas en él. Su particular misión es posibilitar la aplicación uniforme del Derecho. La herramienta para lograrlo es la adopción de doctrinas acerca del contenido de ese Derecho, entendiéndolo y ordenándolo como un sistema, es decir, eliminando lagunas y contradicciones, al igual que todos los jueces, pero, puestos en la cúspide, con la capacidad de servir de guía a todos. Como dijo el Justice Jackson “*No tenemos la última palabra porque somos infalibles, sino que somos infalibles solamente porque tenemos la última palabra*”²². Todos los jueces tenemos la misión de sistematizar, pero, los de los tribunales superiores debemos ser conscientes de que somos la herramienta que posibilita (no asegura) la coherencia y plenitud del orden jurídico, es decir, lo configura como un sistema.

Cuando los tribunales superiores postulan la racionalidad del legislador hablan, en verdad, de sí mismos, en su tarea de convertir el universo de normas, provenientes de los poderes representativos de la voluntad popular, en el sistema.

La racionalidad de los poderes políticos se muestra en cada acto y aun en su secuencia; la de los jueces, en examinar la existencia, contornos y alcance de derechos y obligaciones bajo la perspectiva de un sistema, es decir, de un conjunto que aspire a ser completo, coherente y no redundante; sistema que, a su turno, construyen o buscan construir con los materiales provistos por esos poderes políticos, precisamente.

De ahí que, en la visión de los tribunales cimeros, el objetivo predominante sea elaborar interpretaciones de alcance general, aplicables a todos los conflictos, actuales y potenciales. O, lo que es equivalente, no descuidar que la ley sea entendida de igual modo para todos los supuestos que ella abarque. En suma, la apreciación analítica viene postulada ya no en relación al caso concreto sino al universo de casos.

Con esta perspectiva acerca de la que vengo discutiendo se hace necesario introducir la cuestión a la que me refería al comenzar el punto 4, cuestión ausente tanto en el recurso como en la sentencia *sub* análisis. ¿Cuál es, entonces, la relación entre las contravenciones por las que viene condenado el recurrente y los delitos del Código Penal y leyes complementarias?

Es que vista ya la cuestión a nivel de la CN, de la CADH y de la CCBA, queda un componente de la Suprema Ley de la Nación que impacta en la solución, la ley penal nacional.

El art. 110, CP tipifica el delito de injurias y se vincula íntimamente con las contravenciones que nos ocupan. En lo pertinente, dicho artículo establece que “... *en ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público*”. Este último agregado se

²² En su idioma original: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”. *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953).

realizó con la modificación al Código Penal que produjo la ley 26.551, cuyo objetivo fue, entre otros, “supedita[r] la responsabilidad a expresiones que no estén referidas a asuntos de interés público”. Según señaló el senador Jeneferes en la 17ª REUNIÓN – 13ª SESIÓN ORDINARIA del 18 de noviembre de 2009, “...la finalidad y el eje central de la modificación al Código Penal radica[ba] en adecuar nuestra legislación a los parámetros internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión, satisfaciendo así nuestra seguridad jurídica, cumpliendo con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme el fallo del 2 de mayo de 2008 en el caso ‘Kimel c/ Argentina’”, proyecto que, según dicho senador, recogió la doctrina de la real malicia elaborada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en el célebre caso “New York Times vs. Sullivan”, y se tomaron los fundamentos de sentencias nacionales que robustecieron la libertad de expresión en el ámbito de los asuntos públicos; tales como “Patitó” (*Fallos*: 331:1530), “Bruno” (*Fallos*: 324:2419), “Campillay” (*Fallos*: 308:789), “Granada” (*Fallos*: 316:2394) y “Morales Solá” (*Fallos*: 319:2741), entre otros.

El mismo objetivo se observa en el informe de la Cámara de Diputados de la 14ª REUNION – 8ª SESION ORDINARIA octubre 28 de 2009, cuando se explica que la reforma buscó “... plasmar legislativamente en materia civil un estándar diferenciado, en el caso en que las manifestaciones se di[r]igieran hacia funcionarios públicos, figuras públicas o particulares”, pues “aquellos sujetos vinculados con el interés público deben soportar un mayor nivel de críticas (...) al menos en dos sentidos: (...) por un lado, deben soportar una mayor cantidad de críticas y observaciones a sus acciones de carácter públicos, por el otro, estas críticas pueden ser más profundas y severas”.

El Código Contravencional se ocupa de resolver los potenciales solapamientos entre sus figuras y las del Código Penal. En ese orden de ideas, el art. 15 adopta como regla aquella con arreglo a la cual no cabe el concurso ideal entre un delito y una contravención sino que el ejercicio de la acción penal desplaza la acción contravencional, de lo que se desprende que el delito desplaza la contravención²³; y diversos artículos como el 54²⁴ indican que la figura se aplica si la conducta no constituye un delito. Conviene destacar que no se trata de que la norma nacional contemple una sanción de mayor gravedad, sino que predomina por ser parte de la Suprema Ley de la Nación. En el marco de la CN, el PLN tiene la atribución de sancionar el CP y, paralelamente, tienen prohibido hacerlo las provincias una vez “... que el Congreso los haya sancionado...” (arts. 75, inc. 12 y 126, CN). En ese orden de ideas también, debe ser tenido en consideración el art. 2 de la ley 23.592

²³ Artículo 15 - Concurso entre delito y contravención -. No hay concurso ideal entre delito y contravención. El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional.

²⁴ Artículo 54 - Hostigar. Intimidar. Quien intimida u hostiga de modo amenazante a otro, **siempre que el hecho no constituya delito**, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa ochenta (80) a cuatrocientas (400) unidades fijadas y/o uno (1) a cinco (5) días de arresto. La acción será dependiente de instancia privada con excepción de los casos donde la víctima fuese menor de 18 años de edad.

que eleva las penas de los delitos cometidos con ciertos propósitos discriminatorios²⁵.

Queda establecido, entonces, que si una conducta queda captada por una ley penal nacional, esa ley desplaza a la local que la incrimine. Las cosas no terminan allí. La veda es a sancionar un código penal propio de una jurisdicción local. Ello supone que la ley penal nacional no solamente debe ser examinada por lo que castiga sino también por lo que decide no castigar. La prohibición del art. 126 de la CN supone que las provincias no pueden rellenar intersticios que el PLN ha dejado fuera del terreno de los actos antijurídicos penales. El art. 110 deja claro que “las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas” y “los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público”, aunque tengan un contenido injurioso, están dentro del terreno de lo no prohibido. Castigar localmente lo que el legislador nacional resolvió amparar supondría dictar una ley penal complementaria del Código Penal extendiendo el campo de lo antijurídico. Ello infringiría la prohibición del art. 126 de la CN y, con ello, la Suprema Ley de la Nación del art. 31. En lo que nos interesa, esta cláusula del art. 110 del CP, protectora de la libertad de emitir ciertas expresiones, pone las inectivas materia de esta causa al abrigo del Código Penal.

Ello no significa que los estados locales carezcan del poder de reprimir con sanciones penales. Lo conservan en el conjunto de lo no delegado, pero, esto supone que legislar localmente debe arrancar de la certeza de que no se está invadiendo una materia propia del CP. No solamente en el sentido de que la conducta castigada por la ley local no lo esté por la nacional sino, además, que el castigo local no sea parte de los que los arts. 75, inc. 12 y 126 de la CN ponen en el área del gobierno federal. En definitiva, que se encuentre dentro del ámbito de lo no delegado a que se refiere el art. 121. En ese orden de ideas, la sanción retributiva es una herramienta retenida en tanto sea aplicada a las conductas cuya represión viene retenida. Lo delegado, con las características referidas más arriba, es el CP. El CP es la reunión sistematizada de las normas que reprimen con sanciones retributivas conductas que afectan ciertos bienes, tales como la vida, libertad, salud, fe pública, cuya tutela es un interés compartido de un modo homogéneo por todas las provincias. En la identificación de esos bienes, el Congreso es el primer intérprete de la atribución de que ha quedado investido por el art. 75, inc. 12²⁶.

Entonces, constituye a ese fin una guía esencial la identificación del bien tutelado. Los bienes tutelados por la legislación local deben ser aquellos que

²⁵ Art. 2°. - Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

²⁶ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). “(...) But we think the sound construction of the Constitution must allow to the national legislature that discretion with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution which will enable that body to perform the high duties as signed to it in the manner most beneficial to the people (...)”.

les incumben a los estados locales, a cuyo respecto quedan excluidos, entre otros, aquellos de que se ocupa el CP. Esta delegación de poder de las provincias a la Nación merece consideraciones específicas. La generalidad de las contempladas en la CN, a las que se refiere el art. 121 de la CN, siguen la doctrina desarrollada originariamente por Marshall y recogida por nuestra CSJN como poderes implícitos. En materia de legislación común, la regla no se aplica. Huelga decir que no podría serlo en el desarrollo conceptual de Marshall, porque en la Constitución de los EEUU la potestad de regular las materias del art. 75, inc. 12 no está delegada a la Nación, sino porque, cuando las provincias la delegan en el marco de la CN, dejan afuera su aplicación (art. 75, inc. 12) y aun la posibilidad de ejercerlas por sí en ausencia de ejercicio federal (art. 126). En tales condiciones, las razones sobre cuya base se construye la doctrina de los poderes implícitos no prestan sustento a la extensión de los de legislar en materia común. Es que esa materia es y sigue siendo provincial en la estructuración de la organización federal según los intereses a que cada poder atiende y, principalmente, de la idea base del federalismo en Paine, las potestades deben acercarse al pueblo tanto como sea posible²⁷. El interés a que atiende el art. 75, inc. 12 no es estrictamente el de la organización federal, aunque veamos la concepción contraria como natural por aquello de venir acostumbrados. Cada estado local podría tener su legislación civil o penal propia si el Congreso no hubiera sancionado los códigos respectivos. Lo que funda la solución del art. 75, inc. 12 es la posibilidad de aprovechar el Congreso para uniformar esta legislación. De ahí que, a diferencia de otras potestades delegadas en la CN, ésta sea mantenida por las provincias mientras no sea ejercida por la Nación. Para ilustrar con un ejemplo académico. Si la Nación optara por derogar todos los códigos del art. 75, inc. 12, cada estado local podría sancionar su propia legislación en la materia. Si, en cambio, el PLN decidiera eliminar la moneda nacional o disponer la eliminación de las aduanas exteriores, ninguna provincia podría válidamente emitir una moneda de curso forzoso en todo el territorio, ni aun en el propio, o establecer aduanas, aunque tenga fronteras con países extranjeros²⁸.

Tanto el honor como la discriminación han sido materia de legislación penal nacional. No cabe, pues, aplicar normas contravencionales sin examinar qué tratamiento tendrían estos bienes en el ámbito de la legislación penal nacional.

Respecto de esta relación entre delitos configurados por el PLN y contravenciones establecidas mediante leyes locales, la doctrina penal más autorizada no identifica límites precisos. El motivo es que no distinguen delitos de contravenciones en función de potestades federales y locales sino en

²⁷ Passim. Thomas Paine, "Common Sense", Sección III.

²⁸ Conviene aclarar que las emisiones de títulos públicos susceptibles de ser empleados para pagar tributos provinciales no son un contraejemplo sino un supuesto en que el estado local decide aceptar algo distinto de la moneda, pero, no puede imponerlo para pagar otros créditos ni puede imponerlos a sus acreedores.



función de la gravedad de la pena, categorización que atiende a otros propósitos. Me concentro en Sebastián Soler por su talla intelectual y universal reconocimiento. Distingue así: **“La diferencia entre una contravención y un delito se traduce firmemente en la graduación de las respectivas penas. La pena es un índice importante para saber si un hecho es juzgado delictivo o contravencional.** No puede pensarse, pues, en imponer una pena “muchas veces mayor a tres años”, como se ha dicho, porque ello no sólo excedería un límite de prudencia, sino que daría al hecho carácter delictivo *por el monto de la pena impuesta*, lo cual está prohibido a las provincias. Daríase entre nosotros el caso singular de una nación cuyo Código Penal no sería un código uniformemente exhaustivo”²⁹. Ello no implica que asigne proyecciones a esa categorización. En este sentido, dice:

a. “Las provincias han delegado la facultad de dictar el Código Penal, delegación a la que debe acordarse todo su valor. Un código penal no es solamente un conjunto de penas, sino, y esto es lo importante, un conjunto de figuras delictivas. Elevar una acción a delito produce un resultado diríamos de contragolpe; elimina lo que no se prohíbe de la zona de la represión penal. En virtud del llamado principio de reserva, **no pueden interpretarse las facultades provinciales como suficientes para colmar esas lagunas**”³⁰.

Coincido estrictamente con esta idea, aunque no comparta la relativa a la distinción entre delitos y contravenciones.

b. “La principal acción de las provincias no está precisamente fuera de las figuras delictivas sino, por decirlo así, en el sentido de ellas: en la prevención de los delitos que el Código Penal prevé. Para las incriminaciones creadas con el fin de prevenir la comisión de un delito, parece evidente que la pena establecida en el C. P. para ese delito está marcando otro límite. Así, en el ejercicio de la policía preventiva de los delitos de abigeato, por ejemplo, no es posible incriminar algunos **actos preparatorios impunes por el C. P., castigándolos con mayor rigor que aquel que el C. P. consiente para el delito consumado.** Lo contrario equivaldría prácticamente a incitar a la comisión del delito más levemente castigado, en nombre de la prevención del mismo”. Ello así, puesto que **“Indirectamente habríamos derogado no el Código Penal, sino un precepto de la Constitución (art. 67, inc. 11, C. N.)”**³¹.

Coincido también en esto con el maestro Soler. Las provincias no han delegado en la Nación la potestad de imponer sanciones retributivas sino la de dictar el Código Penal. Pero, al hacerlo deben observar proporción en las sanciones que imponen a las conductas cuya represión les incumbe. También coincido en que no les está impedido genéricamente castigar actos preparatorios de delitos. Claro está que la regulación de esos actos

²⁹ Soler, Sebastián Derecho Penal Argentino T. I pag. 303 y ss.

³⁰ Íd. 16.

³¹ Íd. 17.

preparatorios debe observar reglas constitucionales de las que, en alguna medida, me ocupé en mi voto *in re* “Cabanillas”, [expte. n° 8143](#), resolución del 3/10/2012.

Básicamente, no todo acto preparatorio es susceptible de represión penal, pero, cuando puede ser castigado como conducta, ni la CN ni el Código Penal vedan a las provincias disponerlo así. Es que, en ese supuesto, la legislación provincial —que puede quedar adaptada a situaciones locales que la justifiquen— opera en armonía y no en oposición a la ley nacional. En esto hay una gran diferencia entre castigar localmente un acto preparatorio de un delito y castigar localmente una conducta que el CP resuelve que no sea castigada. En el primer supuesto, la ley local contribuye a la consecución de los fines del legislador nacional atendiendo a problemas locales; en el segundo, no. En este orden de ideas, la portación de armas reprimida por el art. 189 *bis* aparece como un acto preparatorio para muchos delitos. Al mismo tiempo, cualquiera comprende que no es lo mismo la portación en una región descampada hábitat de pumas que en una ciudad hábitat de personas. Esa distinción no está contemplada en el CP, mientras sería natural en una legislación contravencional provincial. Desde luego, el legislador nacional puede soslayar las diferencias locales y, como lo hizo con la reforma introducida por ley 25886, castigar la portación en todo el territorio.

Pero, lo cierto es que la gravedad de la sanción no es un criterio adecuado en nuestra organización federal. Ello no implica que el criterio de distinción —en definitiva, el significado de las palabras no es otra cosa que una convención ampliamente compartida por los hablantes— según la gravedad del hecho o de la sanción sea absolutamente ajeno a nuestro orden jurídico. Aunque lo es en materia interna, no lo es en los tratados internacionales de que nuestra Nación es parte. He volcado consideraciones en mi voto *in re* “Alberganti”, a propósito del significado de la palabra “delito” al analizar la aplicabilidad al ámbito contravencional de la garantía de doble conforme del art. 8.2.h, CADH, que veo del caso reproducir en lo pertinente, para mostrar el tratamiento allí dado a una y otra categoría. “Tampoco cabe identificar los delitos como conductas sancionadas con prisión o, dicho de modo más genérico, como el universo de supuestos castigados con las penas privativas de la libertad. En efecto, son variados los estados que ratificaron la CADDHH³² que tienen previstos en sus ordenamientos tipos contravencionales o de faltas cuya infracción genera la aplicación de verdaderas sanciones retributivas y limitativas de la libertad ambulatoria de los individuos, al igual que nuestro código contravencional. A modo de ejemplos, cabe mencionar los ordenamientos de países como Uruguay, Ecuador (dispone pena de arresto de 7 días en algunos casos), Guatemala (60 días), Nicaragua (3 meses), y Venezuela (30 días). // Este contexto muestra que, aun cuando la distinción entre contravención, falta y delito no responda a criterios universalmente aceptados, ni reciba un tratamiento idéntico en todas las legislaciones nacionales de los países que han ratificado la CADDHH, no es dudoso que esa

³² <http://www.cidh.org>, 26 de julio de 2005.

distinción está generalizada y que la voz “delito”: a) no agota el universo de conductas a cuya comisión la ley enlaza una sanción penal, y ni siquiera comprende la totalidad de las conductas alcanzadas por penas privativas de la libertad, mas b) apunta a un ámbito de ilicitud de mayor entidad que el de las contravenciones o las faltas, a las cuales, universalmente, se identifica como conductas reprochables de menor gravedad. // En el caso de nuestro país, la distinción ha quedado directamente ligada al sistema federal. El Congreso ha escogido denominar delitos a las conductas definidas en el Código Penal que sanciona en ejercicio de la potestad que le atribuye el art. 75, inc. 12 de la CN, no obstante que ese artículo le da posibilidad de distinguir categorías. Las contravenciones han pasado, en ese marco, a ser descripciones de conductas antijurídicas que cada una de las entidades federadas, y eventualmente la Nación, identifican como dañosas de bienes jurídicos cuya tutela les cabe hacer separadamente” ([“Alberganti”, expte. n° 3910](#), resolución del 5/8/2005, y [“Coultas”, expte. n° 4451](#), resolución del 7/6/2006). Antes de separarnos de las consideraciones de este caso, conviene señalar que no hubo allí necesidad de emitir opinión acerca de la posible aplicación de la CADH a una sanción penal, dispuesta por ley local, de mayor entidad que las del CP, por la sencilla razón de que al extender la ley que rige las contravenciones, la garantía de la CADH, a las figuras que castiga, torna abstracta la cuestión.

Volviendo a nuestro supuesto, primeramente, aquello que el Código Penal no quiere captar como delito no puede ser captado sin más como contravención por un estado local. Ni con una pena mayor, ni una igual, ni una menor o mucho menor.

En segundo lugar, semejante distinción entre sanciones más y menos graves carece de recepción en la CN. No existe delegación alguna concebida en términos de gravedad de las sanciones. La delegación, en cuanto nos ocupa, consiste en dictar el Código Penal y hacerlo de modo único y uniforme para ser aplicado por “... los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. Ello alcanza a todas aquellas conductas que afecten bienes tutelables por normas penales y que sean de especies que, como la vida o la libertad, interesen por igual a todas las provincias. Por cierto, es el Congreso la primera autoridad que aplica el art. 75, inc. 12 y, por ello, su primer autorizado intérprete. Ello le permite incorporar a la masa de bienes tutelados a los gobiernos provinciales, castigando a quienes “... se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia ...” (art. 226 o 241, inc. 1, ambos del CP), a cuyo fin pudo tener en consideración la circunstancia de que es un interés de cada provincia, en la CN, que las demás conserven sus territorios y estados republicanos y democráticos (arg. arts. 5, 13, 127 y 128 de la CN), así como la homogeneidad del tipo de bien tutelado. Similares razones posibilitan que se contemplen, en los arts. 241, inc. 2, 242 o 243 del CP, conductas que impactan sobre las administraciones públicas provinciales incluidos sus poderes judiciales. A veces el criterio se cruza con la magnitud de la pena. Por ejemplo, en materia tributaria ha sido tradicional que

la sanción de multa fuera dispuesta por autoridades locales³³ mientras que las sanciones privativas de la libertad fueron originariamente previstas para infracciones a leyes tributarias federales y sólo más recientemente extendida la aplicación de normas nacionales a la tutela de las potestades fiscales locales³⁴.

En tercer lugar, se admite que los estados locales pueden establecer sanciones privativas de la libertad así como privativas del patrimonio. A este respecto, basta remitir al párrafo transcrito del Tratado de Sebastián Soler.

En un desarrollo apoyado en la distinción entre ámbito federal y provincial fundado en el impacto de las conductas que desencadenan las sanciones retributivas en lugar de su gravedad, Ricardo Núñez, en una posición que ve como minoritaria o al menos incipiente y opuesta a muy reconocida doctrina (Soler, Jimenez de Asúa, Rivarola, Gavier) sostiene que el delito —el CP— está dirigido a la protección de derechos de las personas mientras que las contravenciones apuntan a reprimir las conductas que afectan el poder de policía conservado por las provincias. Con esta perspectiva, Núñez afirma que las provincias pueden establecer sanciones penales mayores en algunos casos a las previstas en el CP, gravedad que vendrá determinada por las conductas que le toque reprimir a uno y otro estado. Señala también que el ámbito de las provincias no es el que les deje libre el Congreso sino el que delimita la CN.

Definitivamente, veo más acertada esta última visión, en tanto reconoce —en verdad, al igual que la examinada en un principio— que las provincias pueden usar las sanciones conminatorias como herramienta, y que esa herramienta puede operar en ámbitos no delegados. Descriptos esos ámbitos como poder de policía, hay que adoptar una concepción amplia para caracterizar al poder de policía. Sin una concepción amplia —que contemple la reglamentación de derechos— parece imposible justificar como contravención hacer ruidos molestos o emitir efluentes industriales en proporciones no admitidas por las normas de preservación ambiental. Esa concepción amplia nos aleja de la idea de tutela de las facultades de los poderes de fiscalización u otros administrativos locales, y avanzar a todos aquellos aspectos en que las provincias pueden reglamentar los derechos de las personas. En suma, me parece más preciso sostener que los estados locales pueden imponer sanciones retributivas para respaldar las normas cuya emisión han reservado.

³³ ARTÍCULO 46 — Defraudación. Sanciones. El que mediante declaraciones engañosas u ocultación maliciosa, sea por acción u omisión, defraudare al Fisco, será reprimido con multa de dos (2) hasta seis (6) veces el importe del tributo evadido.

³⁴ La ley penal tributaria n° 24769 no establecía la pena de prisión para tributos locales. Fue recién a partir de la ley n° 26735, que modificó el texto del art. 1, del siguiente modo: "... ARTÍCULO 1º — Sustitúyase el artículo 1º de la Ley 24.769 y sus modificaciones, por el siguiente: Artículo 1º: Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, **al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratara de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año" (el resaltado me pertenece).

A esta altura vale recalcar que distinguir delitos y contravenciones según la gravedad de la sanción o según el estado que tiene autoridad sobre el bien tutelado, no impide que, a grandes trazos, los primeros reciban sanciones más graves que las últimas. Pero, ello deviene de la importancia que asignamos a unos y otros bienes. Compárese la pena del art. 160, CP con las de los arts. 131, con el agravante del 133, y el 134 *in fine*, todos del Código Contravencional.

Curiosamente, Soler admite castigar como contravención actos preparatorios de delitos del CP, mientras que Núñez es refractario a admitir la legitimidad de la ley catamarqueña que castiga las vías de hecho que no llegan a ocasionar lesión o al decreto cordobés que reprime la usurpación que no tiene el propósito de causar perjuicio; en ambos casos, por invadir un ámbito definido por el CP como de libertad³⁵.

Estas observaciones llevan a que corresponda examinar las conductas reprimidas como contravención por la CABA en relación con las contempladas en el CP y leyes nacionales complementarias.

Similar análisis corresponde a la contravención que reprime la discriminación. Ello es así en tanto la Nación ha tutelado mediante normas penales un bien idéntico o estrechamente emparentado. El Código Contravencional establece: *“Discriminar - Quien discrimina a otro por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica, laboral o por cualquier otra circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es sancionado/a con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública o ciento cincuenta y ocho (158) a setecientos noventa y tres (793) unidades fijas de multa. Acción dependiente de instancia privada. Cuando la conducta objeto del presente esté motivada en razón de que por su condición laboral la persona afectada se encuentre en contacto con personas infectadas o casos denominados sospechosos de alguna enfermedad contagiosa, o porque su tarea se desarrolla o presumiblemente se desarrolla en espacios donde puede tener contacto con enfermedades “contagiosas”, la persona sancionada deberá realizar un curso de inducción vinculado con dichas circunstancias”*.

Como dije más arriba, una ley penal complementaria del CP agrava las penas de los delitos inspirados en ciertos fines discriminatorios. Ello significa que si la discriminación está dirigida a afectar el honor y viene captada por la figura del art. 110 queda agravada. En ese orden de ideas, la cláusula que excluye ciertas expresiones del ámbito de la injuria excluye también los agravantes por discriminación.

³⁵ Núñez Ricardo C. *La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional*. TR LA LEY AR/DOC/6756/2011

4.2. El art. 110, según expongo en el punto anterior, adopta una decisión que tiene doble repercusión. Por una parte, señala un campo contemplado por el CP como de libertad. Por la otra, constituye la interpretación del alcance con que la República Argentina decidió, por medio del Congreso y de su Presidente, cumplir con la CADH.

De lo primero me ocupé, como dije en el punto anterior. Ciertamente, basta para resolver la cuestión, aunque por el modo en que vino planteada la cuestión, el análisis haya tenido otra secuencia.

La interpretación del tratado internacional hecha por el PL merece alguna mayor consideración. Quedó repasado en el punto 3, sucintamente y en su relación con el supuesto que nos ocupa, lo que la CN y la CCBA prevén respecto de la libertad de expresión, el derecho de información y su colisión con el derecho al honor. He tenido en consideración doctrina de la CSJN, que debemos observar, y elaboraciones de tribunales extranjeros, que tanto pueden inspirarnos como darnos cuenta del estado del pensamiento en otras latitudes.

También he repasado precedentes de la Corte IDH que debemos observar como estado contratante de la CADH. Este examen tiene un capítulo principal en la visión que el PLN adoptó al sancionar y promulgar el art. 110 del CP. Ello así, porque mientras cuando se trata de interpretar una cláusula de la CCBA, este Tribunal pronuncia la palabra final, y tratándose de una de la CN lo es la CSJN, los tratados internacionales, a diferencia de las leyes o las constituciones, son instrumentos que no quedan enteramente separados de los órganos que les dan vida. Los países contratantes pueden adoptar modificaciones o interpretar sus cláusulas y los tribunales, aun los internacionales, deben darles prioridad sobre sus propios pareceres³⁶. Internamente, el conductor de las relaciones exteriores es el Presidente de la Nación, quien acude al Congreso, tanto para obtener la autorización para ratificar los tratados, como para emitir las normas internas necesarias para cumplirlos, cuando ellas requieren nivel legislativo. El juez debe ejecutar su tarea respetando el ámbito de competencia del PEN. En el caso, viene expresada mediante la promulgación de la reforma al comentado art. 110 del CP. Si no lo hace, interfiere en la política exterior, indebidamente si es que el PEN se ha movido dentro del legítimo desempeño de sus funciones. Como siguiente paso, debe detectar cuál es la repercusión de su decisión en el ámbito externo, evitando que la Nación se convierta en infractora al tratado. Ello supone analizar la jurisprudencia de los tribunales internacionales que, como es el caso de la Corte IDH, puedan ejercer su jurisdicción a nuestro respecto. En este orden de ideas, le incumbe también el estudio de los pronunciamientos judiciales extranjeros, especialmente los de las cortes de otros países contratantes, por constituir el modo de cumplimiento de esas naciones y posibles fuentes de inspiración de los tribunales internacionales. Finalmente, debe armonizar estos elementos con la CCBA y la CN, interpretada esta última por la CSJN.

³⁶ Ver, por ejemplo, el art. 31.3, incs. a y b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Afortunadamente, esa no es tarea compleja en el caso que nos ocupa, en tanto todos estos elementos normativos apuntan en favor de la libertad de expresión y la de información e imponiendo el deber de soportar cuestionamientos de esta especie cuando la situación entra en el foco del interés público.

4.3. Llega el momento de señalar que cuando el legislador nacional excluye del ámbito de lo penalmente punible a las expresiones que versen sobre asuntos de interés público, viene a poner un límite a la ponderación judicial. No nos faculta a sopesar cuál de dos valores —honor o libertad de expresión y comunicación— debe ser preservado. Lisa y llanamente, impone, a aquel cuyo honor padece, la carga de soportar que quien lo injuria no reciba castigo.

5. El medio de comunicación empleado

Para completar el cuadro se hace imperioso tener en consideración la condición interjurisdiccional del medio de difusión empleado. Esa condición no supone excluir a los jueces locales de la consideración de las conductas que emplean dicho medio. Pero, se hace necesario establecer qué legislador puede regular ese empleo.

Una última consideración respecto del marco que nos pone la ley nacional, tanto cuando establece delitos relacionados con las conductas previstas localmente como contravenciones, como cuando regula el medio empleado. Como vimos al comienzo de este voto, la expresión viene resguardada por normas internacionales. La Nación tiene la autoridad de establecer cómo deben ser cumplidas en nuestro país esas normas internacionales e incumbe también a una autoridad federal, el Presidente, la conducción de las relaciones de nuestro país con los otros países contratantes de los tratados internacionales respectivos y con los demás sujetos de derecho internacional. En ese contexto, estas leyes nacionales, muy especialmente el art. 110 del CP están expresando cuál es el accionar de la autoridad pública que nuestra nación estima adecuado desarrollar.

El mensaje cuestionado ha sido colocado en una red inter jurisdiccional regida por normas federales emitidas en el marco del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional. La red puede indudablemente ser empleada para ejecutar acciones cuyo juzgamiento corresponda a jueces locales, tal el supuesto de amenazas del artículo 149 *bis*, primer párrafo, del CP, como conductas susceptibles de ser captadas por leyes locales, tal el del hostigamiento. Pero, el ejercicio de las competencias locales no puede interferir con el legítimo ejercicio de atribuciones del Gobierno Nacional. Consecuentemente, la aplicación de potestades locales, ya fueren legislativas o judiciales, debe ocuparse de examinar esa potencial interferencia y restringir el exceso local si lo hubiere. Esta es la regla del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Para la aplicación de esa regla, tiene particular importancia distinguir entre la regulación de los contenidos comunicados por la red y el aprovechamiento de la red para ejecutar acciones prohibidas. El Tribunal tuvo oportunidad de tratar un supuesto de esta última especie *in re* "[Wasserman](#)" y [su acumulado expte. n° 6017/08 "Wasserman y Bwin Argentina SA", expte. 6004](#), resolución de 8/4/2009. Se trataba de la oferta, por vía de internet, de recibir apuestas de quienes estaban físicamente en esta Ciudad, omitiendo cumplir normas locales. Opiné en esa ocasión que no solamente aquellas conductas que se cometan en el territorio de la CABA sino también las que produzcan efectos en ella están dentro del universo alcanzado por el Código contravencional, con prescindencia de su lugar de comisión. Que, "... el carácter interjurisdiccional del medio empleado en el caso para la explotación de esa actividad, Internet, constituye una razón suficiente para sujetar esa transmisión al poder legislativo de la Nación, y de hecho son normas de ese origen las que la disciplinan. Pero, la competencia para regular la transmisión no se extiende natural ni automáticamente a las relaciones jurídicas que nacen de los intercambios comunicacionales que aprovechan ese medio interjurisdiccional". Es decir, cabía prohibir que un casino no autorizado tomara apuestas de personas que accedían a internet en nuestra Ciudad. Obviamente, no se intentó limitar la expresión comercial en la red. Solamente limitar el juego en el territorio en que le es dado hacerlo al legislador de CABA.

Pero, distinta es la situación en nuestro caso. La Nación, estado al que incumbe regular el medio por Interjurisdiccional, ha decidido cumplir con las normas de la CADH por la vía indicada en la reforma al art. 110 del CP. Nuevamente, aquí la sentencia apelada viene a regular los contenidos transmitidos por la red. A este respecto, existe un matiz significativo entre prohibir la apuesta en el territorio de la CABA y eliminar los contenidos transmitidos a instancias de BWin en todo el territorio argentino. Esto último está fuera del alcance de los poderes locales. ¿Qué ocurre con el hostigamiento o la discriminación de que se trata en autos? Eliminar el contenido para CABA carecería de sentido.

6. En suma, el *a quo* vio a la persona afectada como figura expuesta voluntariamente al interés público, y por proferidas expresiones que en sí mismas, por su contenido vinculado al obrar del Presidente de la Nación, quedan, en su conjunto, al abrigo de la CADH y de la CN y CCBA; las imágenes que las acompañan no las tuvo por obtenidas clandestinamente sino como puestas en el dominio público por ella misma, lo que, sumado al interés público que suscita su titular aleja la posibilidad de sancionar la difusión no autorizada; y no ha determinado que las expresiones hayan sido dirigidas directa o indirectamente a quien escogían como su objeto, lo cual aleja el hostigamiento. Por último, la discriminación ha sido vista por el tribunal *a quo* como móvil de las otras dos contravenciones, razón por la cual, descartadas esas dos figuras, no subsiste la restante, ni de manera dependiente (móvil) ni independiente (superposición).

7. Por todo ello, voto por declarar admisible el recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia recurrida; y absolver al imputado. El modo en el que se resuelve torna inconducente que me expida respecto del resto de los agravios.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Rechazar el recurso de inconstitucionalidad con relación a las conductas contravencionales identificadas como discriminatorias por razones de género.

2. Hacer lugar a ese recurso de inconstitucionalidad en cuanto a las dos restantes infracciones, identificadas como difusión no autorizada de imágenes íntimas y hostigamiento digital, **revocar** la condena impuesta respecto de esas dos calificaciones y **reenviar** las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento a la luz del impacto que esta decisión supone en la medición de la sanción aplicada.

3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Casación y Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas.

La sentencia se dicta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



TRIBUNAL SUPERIOR
DE **JUSTICIA**
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
