

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 23763/09 STJ

SENTENCIA Nº: 207

QUERELLADO: RÉBORA TOMÁS ARMANDO

DELITO: INJURIAS

OBJETO: RECURSO DE QUEJA (INC. EXCEPCIÓN LITISPENDENCIA Y FALTA DE ACCIÓN)

VOCES:

FECHA: 23/12/09

FIRMANTES: BALLADINI – SODERO NIEVAS - LUTZ

///MA, de diciembre de 2009.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “RÉBORA, Tomás Armando s/Queja en: Incidente de excepción de litispendencia y falta de acción en autos: \FERREIRA, Jorge C. c/RÉBORA, Tomás A. s/Querella\” (Expte.Nº 23673/09 STJ), puestas a despacho para resolver, y- - - - - CONSIDERANDO:- - - - -

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 36) ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - - - -

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

-----1.- Antecedentes del caso:- - - - -

-----1.1.- Mediante Sentencia Interlocutoria Nº 30, del 3 de abril de 2009, el Juzgado en lo Correccional Nº 6 de la Iª Circunscripción Judicial resolvió –en lo pertinente- no hacer lugar a las excepciones de litispendencia y falta de acción promovidas, según los considerandos (art. 309 y cc. C.P.P.), y continuar con los autos principales según su estado.- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, el doctor Tomás Armando Rébora, por sí, dedujo recurso de casación cuya denegatoria motiva la queja sub examine.- - - - -

-----2.- Fundamentos de la denegatoria:- - - - -

----- El a quo argumentó que la resolución atacada no reúne los requisitos que establece el art. 430 del rito, pues no reviste el carácter de sentencia definitiva ni pone fin a la acción o a la pena o imposibilita que continúen los autos o deniegan la extinción, conmutación o suspensión de pena alguna.- - - - - //2.--

En efecto –agrega-, la resolución por la cual se rechazan las excepciones opuestas es una decisión cuya consecuencia es la prosecución del proceso penal, por lo cual no corresponde hacer lugar al recurso intentado.- - - -

-----3.- Impugnaciones en el recurso de queja:- - - - -

----- El querellado dice que el recurso de casación es la única vía que garantiza la doble instancia (conf. CSJN, “CASAL”).- - - - -

----- Afirma asimismo que la resolución es errónea y arbitraria en razón de “que se basó en la falta de sentencia definitiva, cuando en realidad el pronunciamiento atacado es por el rechazo de la excepción de Falta de Acción que es perentoria –cae el proceso, lo fulmina- y ello equivaldría a la instancia y no a una providencia ordinaria” (fs. 29/30). En apoyo de su postura cita fallos de este Tribunal (Se. 117/04, 169/05 y 127/07 STJRNSP).- - - - -

-----4.- Análisis de los agravios:- - - - -

----- El recurso de queja no puede prosperar pues no rebate lo sostenido en la denegatoria, lo que obstaculiza la prosecución de la queja por inhabilidad formal.- - - -

- -

----- En efecto, el auto interlocutorio cuestionado -en tanto no hace lugar a las excepciones de litispendencia y falta de acción deducidas por el querellado recurrente- no es sentencia definitiva o equiparable a tal en los términos del art. 430 del código adjetivo, pues no pone fin a la acción ni hace imposible que ésta continúe.- - - - -

----- En rigor, tiene el efecto procesal contrario, y no se advierte que el mero sometimiento del querellado al proceso, sin restricciones severas en su libertad, pueda provocar un ///3.- perjuicio de imposible reparación ulterior que aconseje la intervención solicitada del Superior Tribunal, pues otra podría ser tardía.- - - - -

- - - - -

----- En concordancia con lo anterior, recuerdo que es doctrina reiterada de este Cuerpo que “la invocación de arbitrariedad o de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de definitividad de lo resuelto. Además, tal obstáculo no puede tampoco ser superado por la mera invocación de un supuesto de gravedad institucional, pues su formulación debería contener un serio y concreto fundamento que evidencie de modo inequívoco la presencia de un supuesto de tal naturaleza (Fallos 303: 1923 y 304: 1893 entre otros), cuestión que no se advierte en autos...” (Se. 77/07 STJRNSP).- - - - -

- - - - -

----- También destaco que la situación del sub examine no puede contemplarse a la luz

del alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria (arts. 8.2.h CADH y 14.5. PIDCP, incluidos en la C.Nac. mediante art. 75 inc. 22), en el marco del precedente “CASAL” (C. 1757, XL del 20/09/05), en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al interpretar el segundo supuesto del art. 456 del Código Procesal Penal nacional (idéntico a nuestro art. 429 inc. 2º C.P.P.), dice que el recurso de casación es la vía adecuada para garantizar la doble instancia, en la medida en que la única materia no revisable sea lo que surge directa y únicamente de la inmediación y se asegure una revisión integral (Se. 148/05 y 118/08 STJRNSP).

----- Por último, señalo que los fallos citados por el recurrente carecen de analogía y por tanto son inaplicables ///4.- al sub lite.- - - - -

----- Así es que en la Se. 117/04 este Cuerpo entendió en virtud de que el Juzgado en lo Correccional había resuelto hacer lugar a la excepción de falta de acción planteada; la Se. 169/05 no tiene relación con la cuestión que se debe decidir en autos; en la Se. 127/07 este Cuerpo dispuso la nulidad del rechazo a la suspensión del juicio a prueba para que se resolviera teniendo en cuenta la doctrina legal, y en la Se. 172/07 el Tribunal ingresó en el análisis de los agravios porque el Juzgado en lo Correccional había dictado el sobreseimiento total.- - - - -

-----5.- Conclusión:- - - - -

----- Por las razones que anteceden, entiendo que el recurso de queja deducido a fs. 29/31 de las presentes actuaciones debe ser rechazado. MI VOTO.- - - - -

- El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - - -

-----1.- Adhiero a lo sostenido por el doctor Alberto Ítalo Balladini y VOTO EN IGUAL SENTIDO. Asimismo, y en función de lo argumentado por el recurrente, agrego lo siguiente:- - -

-----2.- Acción vindicatoria:- - - - -

----- El diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado admite la investigación periodística sobre los asuntos públicos, lo que cumple un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano.- - - - -

----- Un excesivo rigor o la intolerancia del error llevarían a la autocensura, lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.- - - - -

----- Estas afirmaciones forman parte del acervo común de ///5.- los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos

consideró que “[l]as afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir” (New York Times vs. Sullivan, 376 U.S. 254, 271). Por su parte, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que “... [l]as afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio...” (Jurisprudencia Constitucional, Tº XX, pág. 57; conf. CSJN, “Recurso de hecho deducido por Marcelo Benjamín Zlotogwiazda en la causa Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros”, del 16/11/09, considerando 9º).- - -

----- En tal línea de pensamiento, paso a analizar la obligación que la Constitución de Río Negro impone a los agentes públicos cuando se les imputa un delito cometido en el desempeño de sus funciones, resaltando que “no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social. En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, 'está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda //6.- corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines...\'” (Joaquín V. González, “Manual de la Constitución Argentina”, N° 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897).- - - - -

----- Recordemos que es función de los Tribunales del país fundamentar, propiciar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes, y que uno de esos principios fundamentales es el de la libertad de expresión y el control de los funcionarios públicos, así como el debate sobre sus decisiones. Por eso, los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes (conf. CSJN, “Recurso de hecho deducido por Marcelo Benjamín Zlotogwiazda”, sup. cit., considerando 11º).- - - - -

-----2.1.- Previsión constitucional:- - - - -

----- El art. 56 de la Constitución de la provincia de Río Negro, con el título de “ACCION VINDICATORIA”, dispone: “Todo agente público a quien se le imputa delito cometido en el desempeño de sus funciones, está obligado a acusar para vindicarse, en un plazo no mayor de seis meses del conocimiento de la imputación, bajo pena de destitución. A ///7.- tal efecto gozará del beneficio del proceso gratuito”.- - - -

----- Éste adoptó el art. 18 de la Constitución provincial de 1957, y “ha introducido un plazo de seis meses como obligación para el funcionario o empleado público que se le impute un delito cometido en el desempeño de sus funciones para acusar, para vindicarse, tratando de esta manera, de establecer un lapso de tiempo en el cual es obligación, debe ser ejercido, evitando de esta manera, que esta obligación que está consagrada constitucionalmente, en los hechos quede desvirtuada por el no ejercicio de la misma” (Convención Constituyente Provincial, Reunión N° 7 del 27/04/88, pág. 7).- -

----- Aquel artículo 18 “está tomado casi textualmente de la Constitución del Chaco (art. 70°)” (Hugo Raúl Epifanio, La Constitución de Río Negro. Anotada, 1982, pág. 20; sobre este antecedente profundizaremos más adelante, no sin dejar de señalar que la Ley 5233 de Chaco, del año 2003, reglamenta dos supuestos en los cuales los funcionarios que menciona no están obligados a vindicarse).- - - - -

-----2.2.- Definiciones:- - - - -

----- Sobre acción vindicatoria encontramos las siguientes definiciones:- - - - -

----- Vindicatio: acción de defender. Venganza, castigo. (Diccionario ilustrado, Latín, Latino-Español, Español-Latino, 21ª edición, ed. Vox, 2003).- - - - -

----- Vindicatio: En Roma, la vindicatio implicaba la reivindicación de las cosas; también del estado civil (vindicatio filii), para recuperar la patria potestad, y la ///8.- vindicatio servitutis para la recuperación del esclavo por el amo. Vindicta pública: La satisfacción de los delitos por la sola razón de la justicia y para ejemplaridad (Víctor De Santo, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía, ed. Universidad, 1996, pág. 867).- - - - -

----- Vindicar: Vengar; defender, sobre todo, por escrito, al que se halla injuriado, calumniado o injustamente notado. Recuperar uno lo que le pertenece. Con la segunda denotación también puede decirse revindicar. 'Vindicar de\' (vindicar de una injuria). Vindicativo, va: Inclinado a tomar venganza. Con esta denotación, también puede

decirse vengativo, va. Aplícase al escrito o discurso en que se defiende la fama y opinión de una persona injuriada, calumniada o injustamente notada (escrito vindicativo). También puede usarse vindicatorio, ria. (María Luisa Olsen de Serrano Redonnet y Alicia María Zorrilla de Rodríguez, Diccionario de los usos correctos del español, 2ª edición, ed. Estrada, 1997, pág. 1161).- - - - -

- - - - - Vindicación: Acción y efecto de vindicar. Vindicator, ra: Que vindica. Vindicar: Vengar. Vindicar humillaciones. Defender, especialmente por escrito, a quien se halla injuriado, calumniado o injustamente notado (Real Academia Española, Diccionario esencial de la lengua española, Espasa Calpe, 2006, pág. 1524; Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Madrid, 1992, pág. 1484; Real Academia Española, Diccionario de autoridades, edición facsímil, “o-z”, ed. Gredos, Madrid, 1990, pág. 490).- - - - -

- - - - - Vindicación: acción de vindicar(se). Vindicar: ///9.- vengar(se). Defender la buena fama de alguien a quien se ataca injustamente. Reivindicar (María Moliner, Diccionario de uso del español, 2ª ed., “l-z”, ed. Gredos, 1998, pág. 1404; Julio Caseres, Diccionario ideológico de la lengua española, 2ª edición, 22ª tirada, ed. Gustavo Gili SA, Barcelona, 2001, pág. 868).- - - - -

- - - - -2.3.- Conceptos jurídicos:- - - - -

- - - - -a) La norma (correspondiente a la reforma constitucional del año 1988) se refiere a la imputación de un delito (cometido sólo en el desempeño de sus funciones) en concordancia a la figura penal de calumnia (art. 109 C.P. –texto según Ley 23077-), porque la obligación de acusar (en principio, mediante querella penal) conlleva la posibilidad de la exceptio veritatis y con su (eventual) rechazo o no-interposición el de vindicar el buen concepto social del agente público.- - - - -

- - - - - “Determinar la verdad de la imputación es esencial para la configuración del delito de calumnia, por ello resulta de absoluta aplicación la exceptio veritatis en el ámbito de este delito, toda vez que se privilegia el interés social sobre el particular [...] Tomando en cuenta este fin, podemos afirmar que la prueba de la verdad en el delito de calumnia no se encuentra limitada como en el de injuria (art. 111, Cód. Penal)” (David Baigún y Eugenio Raún Zaffaroni –dirección-, Marcos A. Terragni –coordinación-, Código Penal, Tº 4, Parte Especial, ed. Hammurabi, 2008, pág. 268).- - - - -

- - - - - Sobre el delito de calumnias he dicho: “El art. 109 del Código Penal [anterior

redacción, texto según Ley 2307] ///10.- dice: 'La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años'. [...] La acción consiste en atribuirle a otro la comisión de un hecho delictivo. Esta atribución debe tratar sobre un hecho concreto (lugar, tiempo y espacio) y debe recaer sobre persona determinada. Es indistinto que se impute el delito a título de autor, cómplice o encubridor. [...] Lo que se imputa debe ser un delito, entendido como cualquier hecho subsumible en las figuras penales previstas en el Código Penal y las leyes penales especiales. No importa el nomen iuris o la calificación jurídica que invoca el autor del hecho, sino el llamado contenido fáctico de la imputación, y por lo tanto lo que importa es que los hechos atribuidos al ofendido permitan al Tribunal valorarlos como constitutivos de delitos. Por ello se exige que la imputación sea circunstanciada, que tenga datos precisos, con el fin de individualizar el hecho en el tiempo y en el espacio. También se exige que la imputación se dirija contra una persona determinada o determinable, concreta e inconfundible, de indudable identificación [... Queda fuera de consideración como calumnia] cuando alguien achaca a otro, como delito, algo que no lo es. La imputación de un hecho calificado erróneamente de delictivo por quien lo formula, no es calumnia; pero lo es la de un hecho delictivo en sí, independientemente del nombre con que el calumniador lo califique. Entiéndase que el carácter calumnioso de la imputación proviene de juzgar la imputación tal como es hecha por el calumniador y no tal como eventualmente la justicia aprecie el hecho imputado [...]" (Se. 147/08 ///11.- STJRNSP).- - - - -

----- Lo dicho tiene reciente ratificación del Congreso de la Nación, en función de la reforma del art. 109 del Código Penal que se aprobó en las Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación, en esta última en la madrugada del 19/11/09 (Ley 26551, B.O.N N° 31790 del 27-11-09).- - - - -

----- El texto aprobado dice: "Sustitúyese el artículo 109 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas".- - - - -

----- Quiero agregar, por último, he puesto en evidencia esa reciente ratificación el 22/10/08, al votar en la mencionada Se. 147, cuando dije: "Confirma lo precedente el proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados de la Nación, ya que si bien con

él se pretendería –en cuanto a lo que aquí interesa- modificar los tipos penales de los delitos de calumnias e injurias en virtud de lo resuelto por la Corte Interamericana en la causa 'KIMEL' (conf. nota 'Un castigo más benigno', en www.diariojudicial.com del 01-10-08), lo único que hace es agregar la doctrina de la real malicia y sustituir la pena de prisión por la de multa en el texto del art. 109 del Código Penal –calumnias-, y suprimir la pena de prisión en el art. 110 –injurias-. Es decir, se reconoce expresamente que los tipos penales continuarán aplicándose ///12.- según el derecho interno”.- - - - -

-----b) Consecuente con lo anterior, descarto que el artículo constitucional en cuestión tuviera relación con las figuras de injurias (art. 110 C.P.) y, por ello, también desecho toda vinculación con la de desacato.- - - - -

----- Recuerdo que el art. 244 del código sustantivo incluyó la figura de desacato hasta 1993 (fecha en que se sancionó la Ley 24198 que lo deroga), que hacía referencia al delito de falsa denuncia y amparaba a los funcionarios públicos.- -

----- Su enunciado genérico adoptado por la ley comprendía la injuria y excluía la calumnia (conf. Marcelo A. Manigot, Código Penal. Anotado y comentado, Tº II, ed. Abeledo Perrot, 1979, pág. 843/844).- - - - -

----- Señalaba este artículo: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas [...] La prisión será de un mes a un año, si el ofendido fuere el presidente de la Nación, un miembro del congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez”.- -

-----c) Siguiendo este orden de ideas, recuerdo que “[l]as cualidades personales del ofendido presenta[ba]n una circunstancia agravante absoluta de la injuria, cuando la posición de aquél sea de tal índole que por ello todo ciudadano le deba respeto. En dichas condiciones se halla[ba]n los sacerdotes y funcionarios públicos, y entre éstos especialmente los jueces, a quienes se les ///13.- considera[ba] merecedores de la más firme protección. Los prácticos y también las costumbres judiciales toscanas hicieron de esta agravante un amplísimo uso en el sentido de la severidad, y fue así como prevaleció la doctrina de los doctores que declaraban atroz toda injuria cometida contra un empleado cualquiera, y, por consiguiente, punible siempre con cárcel, y perseguible por acción pública, sin que fuera posible la remisión. [...] Ante la civilización actual y ante

el progreso de la ciencia, semejante extravagancia no puede mantenerse en vigor; y en el hecho ya todas las buenas legislaciones han rechazado la idea de reconocer en la sola calidad de empleado la razón de la agravante [...]” (conf. Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. III, 5, ed. Temis –Bogotá- Depalma –Buenos Aires-, 1974, §1791, pág. 139).- - -

----- No hay duda de que la tesis de Carrara, de un iusnaturalismo muy acusado, es atractiva y satisfacía plenamente las ideas del honor imperantes en su época al igual que ideas más exageradas aun del honor fueron satisfechas por las concepciones aun más iusnaturalísticas de Grocio y otros (Cf. M. López-Rey Arrojo, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tº XV, pág. 861).- - - - -

----- Avanzando en esta línea de pensamiento hasta la actualidad, entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático” (caso “Herrera Ulloa”, ///14.- Se. del 02/07/04, párrafo 128). En una sociedad democrática, los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza (conf. CIDH, “Herrera Ulloa”, párrafo 129, citados por esa Corte en el caso “Kimel vs. Argentina”, Se. del 02/05/08, párrafo 86).- - - - -

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

tareas ///15.- públicas” (párrafos 87 y 88).- - - - -

----- Esta postura con sentido evolutivo hacia la despenalización en los asuntos de interés público es la sostenida -en su voto concurrente- por el Juez Sergio García Ramírez (ver párrafos 17/20), y constituyen antecedentes indiscutibles para que la reciente Ley 26551 -que modificó el marco normativo sobre calumnias e injurias- disponga que en ningún caso configurarán delito (ni de calumnia ni de injurias) las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas (ver arts. 109, 110 y 113).- - - - -

----- De tal forma, puede advertirse que el legislador restó del catálogo de delitos toda expresión que cumpla con alguna de las condiciones mencionadas, circunstancia de esencial importancia en cuanto directamente afecta al art. 56 de la Constitución Provincial cuando se refiere al requisito “delito”.- - - - -

-----2.4.- Primera conclusión:- - - - -

----- La imputación de delito que prevé el art. 56 de la Constitución Provincial consiste en atribuir a un agente público determinado o determinable la comisión de un hecho concreto (lugar, tiempo y espacio) delictivo en el desempeño de sus funciones, salvo las expresiones referidas a asuntos de interés público y las que no sean asertivas.- - - - -

-----2.5.- Finalidad pública formal:- - - - -

----- Esas disposiciones constitucionales, se ha entendido, están “dirigidas a preservar el buen concepto social de los funcionarios acusados de cometer delitos en el desempeño de su función: [...] Son disposiciones que imponen, en general, ///16.- al funcionario y también al empleado a quien se le impute la comisión de delitos en el ejercicio de su cargo, la obligación de acusar judicialmente a quien ha proferido tal imputación. Generalmente se lo obliga ‘bajo pena de destitución’ y goza del procedimiento gratuito. [...] Constitución de Entre Ríos, en su artículo 17, establece que el funcionario o empleado a quien se impute delito cometido en el desempeño de sus funciones, está obligado a acusar para vindicarse, bajo pena de destitución y gozará del beneficio del proceso gratuito. [...] - Constitución de Misiones en el artículo 79; [...] - Constitución de Neuquén en el artículo 23; [...] - Constitución de Río Negro en el artículo 56; [...] - Constitución de Santiago del Estero en el artículo 9; [...] - Constitución de Corrientes en el artículo 6; [...] - Constitución de Chubut en el artículo 68; [...] - Constitución de Formosa en el artículo 25 [...] - Constitución de Jujuy en el artículo 62 - [...]” (Exposición del Dr. Hugo Gonzales Elías en la Jornada de Ética Pública y Control de la Corrupción; <http://www.entrerios.gov.ar/anticorrupcion/vernoticia.php?cod=59>)

Constitución del Chaco en el artículo 74
(<http://www.chaco.gov.ar/tribunalelectoral/Constitucion/SeccionPrimeraCapVI.htm>).- -

----- En la provincia de Entre Ríos, esta disposición se inició en la Constitución de 1903, donde aparece por primera vez, y establecía con expresión propia la declaración de los derechos, como el de que los funcionarios acusados por delitos o faltas. “El debate fue interesante [... sostuvieron] que se trataba [...] de una disposición que protegía o intentaba preservar el bien común. Para decirlo de otro ///17.- modo, no estaba sancionando la Constitución de 1903 un privilegio del funcionario –es decir, hagamos que por ser un funcionario tenga el derecho de litigar gratuitamente–, sino que favorecía la aclaración judicial de una circunstancia que hacía al bien común. [...] El texto [que en esta Convención se propone] actualiza también la terminología, porque es preciso: la forma procesal para acusar para vindicarse es la querella, porque estamos en presencia de un delito de acción privada. [...] En nuestro debate quedó claramente sostenido que no estábamos protegiendo el interés particular del funcionario, también quedó claro que estábamos diseñando una obligación cuyo incumplimiento podría hacerlo pasible de remoción o de destitución. [...] Quiero aclarar que hemos dejado de lado la figura de la injuria y estamos ante la figura de la calumnia, que es la única posible, o sea, la falsa imputación de un delito que dé lugar a acción pública, no la ofensa desdorosa, que hasta pudiera ser cierta, pero que no está autorizado el ofensor a proferirla, bajo apercibimiento de ser considerado autor del delito de injuria. No nos referimos a esto, nos referimos al soporte material que la norma que postulamos prevé para actuar, nos estamos refiriendo a la calumnia, que es la falsa imputación de un delito que puede dar lugar a acción pública. [...] La comisión también consideró casos supuestos, y fuimos unos cuantos los que conjeturamos que pudieran existir delitos atribuidos a funcionarios y que algunos agentes fiscales por desidia, por laxitud, por cansancio moral, no requirieran instrucción. Entonces, el precepto propone que cuando la imputación ///18.- pudiera dar lugar a esta persecución penal pública –por eso el texto dice: ‘se le impute formalmente delito’–, el funcionario debe querellar para evitar incurrir en una causal de remoción. [...] Así como todos consideramos que un funcionario corrupto debe ser destituido y desplazado para siempre del mundo institucional, también entendemos que cuando hay un funcionario víctima de una campaña de desprestigio –me permito agregar este punto de vista que fue mío, yo estuve en el debate– que pudiera ser víctima de una campaña política donde las denuncias públicas y judiciales se utilizan como

forma de legitimación de una propuesta electoral y que inmerecidamente lo pudieran estar ofendiendo, también hay un interés general, un interés público, en que se defienda con toda la eficacia para que la opinión pública, producto de este ejercicio retórico y controversial de argumentos, tenga la seguridad que está gobernada por personas decentes. [...]” (Convención Constituyente de la provincia de Entre Ríos, Diario de Sesiones, Reunión N° 08 del 30/04/08, págs. 1911/1913, <http://convencion.hcder.gov.ar/diarios/download.php?file=D08-30042008o001.doc>).- - -

----- En esa reunión también se dijo que “[...] lo que a este artículo y a la Constitución le interesa proteger, es más que el buen nombre del funcionario, es el buen nombre o, podríamos decir, la calidad de la Administración Pública, del Estado. [...] En ese sentido, también podríamos decir que se remonta a aquel legendario Reglamento de Francisco Ramírez de 1820, en donde en el Artículo 1° de su Orden Económico decía que: ‘Es la felicidad de un Estado la recta ///19.- administración...’. Entonces esa pretensión de que en la administración del Estado entrerriano, no pueda haber un funcionario o un empleado que ha recibido, no un calificativo, producto de un debate acalorado, o en algunos de los ejemplos que se dieron, de la vocinglería de una marcha tumultuosa de protesta, o de alguien que pasa por la calle y le grita ‘ladrón’, sino la concreta imputación de un hecho que configura un delito” (págs. 1917/1918).- - - - -

----- En diferente sentido, más adelante se afirmó: “[...] Debo manifestar que es un artículo que provoca un gran problema en los empleados y en los funcionarios públicos, porque son cientos –por no decir miles– las imputaciones que se hacen contra los funcionarios públicos. Hay ámbitos en que es cotidiana la imputación, ámbitos como la policía, como la actividad docente, donde permanentemente hay denuncias de este tipo que no hacen tanto a la función de gobierno como a la actividad propia del empleado. Entonces los empleados vienen con el diario, con la revista, con la grabación de la radio a plantear el problema, y ahí aparecen los interrogantes. ¿Qué dice el abogado cuando traen estos problemas? ¿Se hace automáticamente la querella?, ¿debemos agotar las medidas inmediatas para querellar?, ¿siempre hay que querellar?, ¿en qué circunstancias? [...] A]já hay una serie de cuestiones muy difíciles que crean en el empleado, en el funcionario público, en quien recae esta obligación constitucional de vindicarse, pero ¿y los que no creen en la Justicia? ¿Los que dicen cómo me voy a someter a un juez que no conoce el problema, que está lleno de trabajo, que tiene una serie de cuestiones, cómo voy a someter mi honor? Que me ///20.- sometan los demás

pero yo no lo voy a hacer; tengo libertad, me siento inocente, entonces ¿por qué voy a querellar? [...] A todas estas cuestiones me las he planteado y me las seguiré planteando. Que impute formalmente, ¿cuál es la formalidad, la denuncia? Y si a mí me denuncian, ¿la defensa no es suficiente o además de defenderme tengo que querellar por calumnias? Son inquietudes que dejo planteadas porque creo que este artículo me parece que es un exceso. Comparto la idea que en la Administración Pública haya honestidad, claridad, decencia, que la gente reconozca que en la función pública hay personas buenas, pero me deja dudas, tengo mis dudas, porque todos los días los que acuden a mi estudio son los cabos, los agentes, los empleados públicos, las maestras, que tienen acusaciones y que les va a ocasionar un serio problema. Ahora más, porque ahora queremos darles mayores responsabilidades” (págs. 1920/ 1921).- - - - -

----- Finalizando la reseña, y habiendo mencionado supra el texto del art. 70 de la anterior Constitución del Chaco, señalo que guarda correspondencia con el art. 74 de la Constitución vigente de la Provincia del Chaco, sancionada el 27/10/94 y publicada en el Boletín Oficial del 07/12/94 (Separata - ADLA 1995 - C, 4092), el cual dice: “Obligación de vindicarse Art. 74. -- El funcionario o empleado a quien se impute delito cometido en el ejercicio del cargo, está obligado a acusar judicialmente hasta vindicarse bajo pena de destitución, y gozará del beneficio de gratuidad procesal”.- - - - -

----- En nuestra provincia, la finalidad pública formal de ///21.- la acción vindicatoria se encuentra reglamentada por la Ley L 3550 (“LEY DE ÉTICA E IDONEIDAD DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”, promulgada el 04/10/01 y publicada en el B.O.P. N° 3932, incorporada al Digesto Jurídico Provincial), en la cual se prevé –en lo pertinente:- “Artículo 1º - OBJETO. ÁMBITO DE APLICACIÓN: A través de la presente norma se establecen pautas sobre ética de la función pública para el desempeño de cargos en el Estado Provincial, teniendo por objeto el resguardo de la calidad institucional de los tres poderes y el derecho a la información ciudadana, respecto de las condiciones de idoneidad de acceso a la función pública, de la publicidad de los actos y del desempeño ético de todos aquellos que presten servicios remunerados o no remunerados en el sector público.- - - - -

----- “Artículo 2º - PRINCIPIOS BÁSICOS: Se consideran principios básicos de la ética de la función pública: a) La idoneidad y honestidad para el desempeño de cargos. b) El resguardo de la calidad institucional del Estado Provincial y el derecho a la información

de la ciudadanía. c) El fortalecimiento del sistema democrático de gobierno, cumpliendo y haciendo cumplir la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y las leyes. d) La promoción del bienestar general, priorizando en todas las acciones los intereses del Estado, privilegiando el beneficio público por sobre el particular. e) La garantía de mayor transparencia, registro y publicidad de los actos públicos.- - - - -

----- “[...] Artículo 4º - OTROS PRINCIPIOS: Los funcionarios comprendidos en la presente Ley deberán garantizar en la actuación los principios de probidad, rectitud, desinterés ///22.- personal, dignidad, independencia, respeto por las leyes de la Nación y de la Provincia de Río Negro, teniendo el deber especial de velar por el ordenamiento jurídico, la calidad institucional y la preservación de los valores democráticos”.- - - - -

- - - - -

-----2.6.- Segunda conclusión:- - - - -

----- Si la imputación del delito que el agente público habría cometido en el desempeño de sus funciones no toma estado público, no existe obligación de acusar (art. 56 C.Prov.) en virtud de que no hay buen concepto social (o ética pública) que preservar.- -

- - - - -

----- Es decir, la obligación carece de finalidad y por lo tanto es inoperativa por carecer de objeto, lo que resulta manifiesto en virtud de que a esa finalidad (buen concepto social) no se puede llegar nunca por medio de expresiones que nadie perciba o solamente destinadas al propio sujeto de que se trata.- - - - -

-----2.7.- Finalidad pública práctica:- - - - -

----- El artículo obliga al funcionario imputado de un delito “en el desempeño de sus funciones” a –en principio- iniciar acción penal privada de querrela por calumnia contra quien realizó esa imputación sin formular la denuncia ante el organismo competente, con el objeto de que la verdad de los hechos pueda ser establecida por el juez correccional.-

----- Ello es así porque la norma presume que muchas veces las denuncias que toman estado público no son tomadas de oficio por los funcionarios que deben instar el sumario administrativo y la acusación penal, con lo cual la cuestión queda sin resolución legal y genera un estado de sospecha ///23.- permanente en la opinión pública.- - - - -

----- Entonces –como adelanté- el artículo pretende proteger la ética del funcionario obligándolo a querrellar para que el querrellado pueda oponer la “exceptio veritatis”, y así se pruebe en juicio lo referido a la existencia del delito.- -

-----2.8.- Tercera conclusión:-----

----- La obligación de acusar desaparece si, por cualquier medio, la investigación del delito imputado ha iniciado o ya se realizó.-----

----- Lo contrario implicaría la obligación de acusar para que se investigue la imputación de un delito que ya está siendo investigada o que se desechó. Es decir, la finalidad de la norma está cumplida.-----

----- En este sentido y en concordancia con las anteriores conclusiones, se ha dicho: “La prueba de la verdad de la imputación debe hacerse en el juicio de calumnia, pero si la imputación da lugar a un proceso o, como en este caso, se encuentra vinculada a lo que resulte de otro preexistente, claro está, que no pueden tramitarse simultáneamente dos causas en las cuales se ventile, en realidad, el mismo hecho, en forma positiva en uno y negativa en el otro. Esto ha dado lugar a que se pronuncie la paralización del juicio de calumnias, cuya suerte queda esencialmente sometida a lo que resulte del otro juicio. No se trata, desde luego, de una cuestión prejudicial ni de una preferencia en el orden de sustanciación de un juicio respecto de otro, sino de solucionar la anormalidad de incongruencia jurídica que supondría la prosecución de dos juicios de los que podrían derivarse soluciones distintas, aún cuando esto sólo ///24.- aparezca como hipotético o remoto. (Voto del Dr. Fégoli)” (CNCPenal, sala 2ª, “Guaresti, Juan José s/recurso de casación”, del 12/06/02, Lexis N° 22/6398).-----

-----2.9.- Imputación de un delito cometido en el desempeño de sus funciones:-----

----- Cuando de la actuación del agente público (art. 5 de las Normas Complementarias C.Prov.) se considere la presunta infracción a la Ley de Ética e Idoneidad de la Función Pública, se deberá iniciar la investigación por iniciativa de las autoridades o denuncia debidamente fundada de terceros, y cuando existe presunción de la comisión de delito en el curso de la tramitación sumaria se debe poner el caso en conocimiento del juez o fiscal competente (arts. 24, 25 y 27 Ley L 3550).-----

----- En igual orden de ideas, es de insoslayable consideración que tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones –además de los previstos en el inc. 2 del art. 158 C.P.P.-, y que el Agente Fiscal requerirá al Juez competente la instrucción de un proceso siempre que tenga conocimiento por cualquier medio de la comisión de un delito de acción pública (art. 170 Ley P 2107).-----

----- Por su parte, la Ley K 4199 prevé que los Agentes Fiscales tendrán a su cargo

promover la averiguación de los delitos de acción pública siempre que tenga noticia de su comisión por cualquier medio de conformidad a lo establecido por el Código Procesal Penal (art. 17 inc. a).- - - - -

----- En caso de que el Fiscal de Cámara constate cualquier ///25.- irregularidad en el desenvolvimiento del Ministerio Público Fiscal, tendrá a su cargo dar conocimiento a su superior jerárquico (conf. art. 16 inc. j Ley K 4199).- - -

----- Finalmente, si eventualmente fallaren los filtros anteriores, el Procurador General tiene la función de cumplir y velar por el cumplimiento de las funciones del organismo y promover y ejercer la acción penal pública de manera directa, cuando lo considere necesario (conf. art. 11 incs. a y b Ley K 4199).- - - - -

----- Los últimos párrafos se sostienen en concordancia con lo dispuesto en el art. 218 de la Constitución Provincial, en cuanto dice que el Ministerio Público tiene entre otras funciones la de promover y ejercitar la acción penal pública, y el art. 274 del Código Penal.- - - - -

----- No puedo dejar de resaltar que el cumplimiento del anterior marco normativo impacta de forma directa en la mayor eficacia en el esclarecimiento e investigación de hechos que pueden configurar delitos contra la Administración Pública.- - - - -
- - - - -

----- Al respecto, he dicho que “[...] resulta decisiva la vinculación existente entre los delitos contra la Administración Pública y la lucha contra la corrupción estatal. Es que, esta última constituye un objetivo común de los Estados (Manual de Medidas Prácticas contra la Corrupción Pública, aprobado en la 7ª Resolución del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1990 y Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24759) y se erige en un expreso mandato de criminalización ///26.- establecido en la Constitución Nacional, al conminar -bajo pena de inhabilitación- la corrupción de los funcionarios que incurrir en graves delitos dolosos que conlleven enriquecimiento, pues atentan contra el sistema democrático (art. 36 CN.).- [...] Por cierto que la lucha contra la corrupción, no puede agotarse con la sanción de normas penales sustanciales adecuadas, toda vez que el aumento de las penas no deja de ser una receta de política simbólica sino viene acompañado de la eficacia en la persecución penal, a través del mejoramiento de niveles de esclarecimiento o investigación. Tal exigencia resulta decisiva si se repara en que, la cualidad distintiva de la corrupción en relación a las otras formas de criminalidad, es que en éstas se mantiene la división fundamental entre los criminales y aquéllos que

luchan en su contra, mientras que en aquélla la criminalidad apunta hacia un ámbito que debe combatirse él mismo (Hassemer, Winfried, 'Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción', en *Pena y Estado*, Revista Latinoamericana de política criminal, año I, ed. n. 1, Ed. del Puerto, 1995, p. 151) [...]” (Se. 117/08 STJRNSP).- - - -

-----2.10.- Cuarta conclusión:- - - - -

----- El inicio (de oficio o por denuncia) de sumario administrativo y/o de investigación judicial por la imputación de delito (conf. art. 56 C.Prov.) será un hecho indiciario en la valoración de que esa imputación resultaría seria, objetiva, concreta y que reúne las mínimas exigencias legales para considerársela como tal.- - - - -

----- Ello es así porque el organismo administrativo tiene ///27.- la obligación de iniciar el sumario administrativo ante presuntas infracciones a la Ley de Ética Pública –y ante presunción de delito denunciar-, y el Ministerio Público Fiscal es quien tiene la titularidad de la acción pública y el deber de impulsarla.- - - - -

-----2.11.- Quinta conclusión:- - - - -

----- Cuando la imputación del delito (conf. art. 56 C.Prov.) sea realizada por una persona que tenga obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio (conf. arts. 5 Normas Complementarias C.Prov. y 158 C.P.P.), el incumplimiento de este deber será un hecho indiciario en la valoración de que aquella imputación carecería de seriedad, objetividad y de las mínimas exigencias legales para considerarla como tal.- - - - -

- - - - -

----- Ese indicio es la lógica consecuencia que corresponde inferir de los propios actos de la persona (imputación de delito / omisión de denunciar), ya que lo contrario implicaría ponderar los hechos de la persona (acción y omisión) como importantes indicios probatorios por presunto incumplimiento de la obligación de denunciar.- - - - -

- -

-----2.12.- Resumen de conclusiones. Interpretación del art. 56 de la Constitución Provincial:- - - - -

----- Para una mejor comprensión del desarrollo de mi voto, según lo desarrollado y como antes expuse, las conclusiones a las que arribé hasta el presente nivel de análisis sobre la interpretación del art. 56 de la Constitución Provincial son concordantes con mi postura sobre que la interpretación válida de la ley debe ser sistemática.- - - - -

----- Así, “[e]l conjunto de leyes que integra un orden ///28.- jurídico debe ser entendido como compuesto por disposiciones recíprocamente coherentes, ya que la ley no puede,

al mismo tiempo, definir un acto como debido y como indebido. La unidad sistemática del derecho viene a ser, en el plano normativo, el equivalente del principio lógico de no contradicción, que allí se traduce referido al concepto de vigencia: un precepto no puede ser al mismo tiempo vigente y no vigente. Esta unidad del derecho, que la interpretación debe siempre mantener, puede expresarse diciendo que la aplicación de un precepto debe siempre comportar el tácito reconocimiento de la vigencia potencial de los preceptos restantes (conf. Sebastián Soler, Derecho penal argentino, Tº I, pág. 183)” (Se. 215/07 STJRNSP).- - -

----- Reitero, entonces, las conclusiones supra desarrolladas:- - - - -
- - - -

----- Primera: La imputación de delito consiste en atribuir a un agente público determinado o determinable la comisión de un hecho delictivo concreto (lugar, tiempo y espacio) en el desempeño de sus funciones, salvo las expresiones referidas a asuntos de interés público y las que no sean asertivas.- - - - -

----- Segunda: Si la imputación del delito no toma estado público, no existe obligación de acusar en virtud de que no hay buen concepto social (o ética pública) que preservar.-
-

----- Tercera: La obligación de acusar desaparece si, por cualquier medio, la investigación del delito imputado ha iniciado o ya se realizó.- - - - -

----- Cuarta: El inicio (de oficio o por denuncia) de sumario administrativo y/o de investigación judicial por la ///29.- imputación de delito será un hecho indiciario en la valoración de que esa imputación resultaría seria, objetiva, concreta y que reúne las mínimas exigencias legales para considerársela como tal.- - - - -

----- Quinta: Cuando la imputación de delito sea realizada por una persona que tenga obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio, el incumplimiento de este deber será un hecho indiciario en la valoración de que aquella imputación carecería de seriedad, objetividad y de las mínimas exigencias legales para considerarla como tal.-

----- Por último, en este orden de ideas, es dable señalar la postura seguida por el Chaco en su Ley 5233 (del año 2003) que dice: “ARTÍCULO 1.- Los funcionarios sujetos a juicio político, no estarán obligados a vindicarse en los términos del artículo 74 de la Constitución provincial 1957-1994, en los siguientes casos: A) cuando la denuncia sea rechazada o desechada por la Sala acusadora de la Cámara de Diputados (ley 3222 y sus modificatorias); B) cuando la Sala de sentencia de la Cámara de Diputados declare desistida la acusación o la absolución de la acusación (ley 3222 y sus modificatorias).- -

----- “ARTÍCULO 2.- Los jueces y los funcionarios judiciales sujetos a jurado de enjuiciamiento, no estarán obligados a vindicarse en los términos del artículo 74 de la Constitución provincial 1957-1994, en los siguientes casos: A) cuando el superior tribunal de justicia deseché de plano la denuncia o imputación por manifiestamente infundada o carente de veracidad (ley 188 y sus modificatorias); B) cuando la acusación sea devuelta por el jurado de ///30.- enjuiciamiento por no reunir los recaudos formales exigidos (ley 188 y sus modificatorias); C) cuando el jurado de enjuiciamiento declare la improcedencia de la acusación (ley 188 y sus modificatorias); d) cuando el acusado fuere absuelto por el jurado de enjuiciamiento”.-----

-----2.13.- Obligación de acusar:- -----

----- Sentado lo anterior, queda en claro que todo “agente público a quien se le imputa delito cometido en el desempeño de sus funciones, está obligado a acusar para vindicarse, en un plazo no mayor de seis meses del conocimiento de la imputación”, cuando se cumplan las condiciones de los siguientes tres supuestos (que menciono a título de ejemplo):- -----

-----a) la imputación sea realizada por una persona que no tenga obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio; la imputación tome estado público; se omita realizar la denuncia ante los organismos administrativos o judiciales; con o sin denuncia, no se inicie investigación por los competentes organismos administrativos y judiciales y por cualquier circunstancia, y existan elementos objetivos para que pueda considerarse que esa imputación es seria, objetiva, concreta y que reúne las mínimas exigencias legales para considerársela como tal;- -----

-----b) la imputación sea realizada por una persona que tenga obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio; la imputación tome estado público; se realice la denuncia ante los organismos administrativos y/o judiciales; no se inicie investigación por los organismos administrativos y judiciales competentes y por cualquier ///31.- circunstancia, y existan elementos objetivos para que pueda considerarse que esa imputación es seria, objetiva, concreta y que reúne las mínimas exigencias legales para considerársela como tal, y- -----

-----c) la imputación sea por delito cometido en el desempeño de sus funciones cuya acción dependa de instancia privada o corresponda a acciones privadas (conf. arts. 71 y ccdtes. C.P.); la imputación tome estado público; se omita realizar la denuncia y/o –si correspondiere- iniciar la acción privada ante los organismos administrativos o

judiciales; no se inicie investigación por los organismos administrativos y judiciales competentes y por cualquier circunstancia, y existan elementos objetivos para que pueda considerarse que esa imputación es seria, objetiva, concreta y que reúne las mínimas exigencias legales para considerársela como tal.- - - - -

----- Sin embargo, el agente público no está obligado a acusar por las manifestaciones que, aunque se consideren calumniosas o injuriosas, sean expresiones referidas a asuntos de interés público o no sean asertivas en virtud de que no son delito (conf. arts. 109, 110 y 113 C.P., texto conf. Ley 26551).- - - - -

----- Tampoco está obligado a acusar por las manifestaciones que, aunque se consideren calumniosas o injuriosas, encuentren amparo en la inmunidad de opinión o voto de los arts. 68 de la Constitución Nacional y 128, 184, 235 y ccdtes. de la Constitución Provincial, la que tiene carácter absoluto y permanente. Es decir, no resultan materia judiciable ni por acción ni por exceptio veritatis (conf. ///32.- Se. 231/07 STJRNSP, entre otras).- - - - -

-----2.14.- Formas de cumplir la obligación de acusar:- - -

----- Establecidas las condiciones para que sea operativa la obligación de acusar prevista en el art. 56 de la Constitución Provincial, debe determinarse de qué forma se cumple con esa obligación.- - - - -

----- Señalé antes que, en principio, del artículo en cuestión podría entenderse que la acusación de la acción vindicatoria sólo se debería realizar en el juicio especial por delitos de acción privada (arts. 391/406 C.P.P).- - -

----- Sin embargo, y sin que exista doctrina judicial al respecto, durante el transcurso de los años se ha observado que los agentes públicos interpretaron en diferentes sentidos la forma en que debían cumplir la obligación de acusar. Así, algunos iniciaron juicio de querella, otros realizaron presentaciones en expedientes judiciales o administrativos en trámite peticionando su participación, en otros casos realizaron una autodenuncia, entre otras formas de actividad con la que entendieron cumplir su obligación.-

----- Sentado lo anterior, anticipo que suscribo a la postura amplia en el modo de cumplir esta obligación legal, por ajustarse al contexto de las circunstancias hasta aquí desarrolladas y concordar con derechos y garantías constitucionales.- - - - -

- - - - -

----- El art. 56 de la Constitución Provincial establece una obligación que se sustenta en la buena intención del constituyente, la que debe entenderse conforme a los principios sentados en el art. 47 de la Carta Magna, sin perjuicio de los demás derechos, deberes y

responsabilidades ///33.- de la Sección IIª de la Primera Parte de la Constitución Provincial (arts. 20 y ccdtes.; sobre los derechos de privacidad y réplica y sus límites ver la doctrina que desarrollé en el precedente Se. 23/09, “SALGADO, Juan Manuel c/PONCE DE LEÓN, Rodolfo s/Querella por injurias s/Casación”). En definitiva, lo que pretende es evitar que la imputación de delito –a todo agente público- cometido en el desempeño de sus funciones quede sin investigación (por cualquier circunstancia).- -

- - - - -

----- Ahora bien, la interpretación sistemática de la ley me convence de que, si de acuerdo con las condiciones mencionadas en los considerandos anteriores, cuando surja la obligación de acusar por ausencia de inicio de investigación en sede administrativa o judicial, y atendiendo a que por desidia, falta de interés o incumplimiento de los deberes –según el caso- no se denunció o promovió investigación (Leyes provinciales L 3550, P 2107 y K 4199; Ley 24759; Constitución Nacional y Provincial; Código Penal), es justo concluir que el agente público imputado de un delito en el desempeño de sus funciones no tiene la obligación de probar que es inocente (arts. 1 C.P.P.; 22 C.Prov.; 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; XXVI DADDH; 11 DUDH; 8 punto 2 CADH); el agente público cumple su obligación de acusar al satisfacer la finalidad pública formal del art. 56 de la Constitución Provincial.- - - - -

----- Consecuentemente, la obligación de acusar se satisface legalmente al realizar alguna de las siguientes actuaciones:

-----a) promoción de juicio especial de querella (arts. 391 y sgtes. C.P.P.);- - - - -

- - - - - ///34.--b) declaración de descargo o de defensa en sumario administrativo o judicial;- - - - -

-----c) acción de amparo informativo (conf. arts. 3 y ccdtes. Ley B 2384);- - - - -

-----d) derecho de réplica (conf. arts. 12 y ccdtes. Ley B 2384);- - - - -

-----e) manifestación realizada por igual o similar medio y forma por los cuales tomó estado público la imputación de delito;- - - - -

-----f) otras medidas o formas similares.- - - - -

----- Es más, algunas de estas alternativas al juicio especial de querella (para el caso de que se lo considere como única posibilidad de cumplir con la obligación de acusar) representan formas más eficaces de lograr la finalidad pública formal de la norma constitucional (buen concepto social -o ética pública- que preservar) porque, por

ejemplo, en las situaciones de las precedentes alternativas c), d) y e), el pueblo rionegrino conoce a la brevedad de la imputación de delito el contenido del accionar vindicatorio, y a la vez, se cumpliría el “derecho a la correcta formación de su opinión pública mediante la más amplia difusión de los hechos y acontecimientos de su interés, garantizando el libre acceso al conocimiento de las diversas interpretaciones de que puedan ser objeto por los integrantes de la comunidad” (conf. art. 2 Ley B 2384).- - -

----- Además, es una falacia sostener la rígida interpretación de que la única posibilidad de cumplir con la obligación de acusar es mediante el juicio de querella argumentando que así se satisfacerían las finalidades públicas ///35.- formal y práctica de la norma constitucional.- - - -

----- En este sentido, adviértase que si el agente público imputado de delito cumpliera su obligación de acusar con la interposición de la querella (acusación), nada obstaría a que en el avance del proceso -e inclusive antes de la oportunidad procesal para oponer la exceptio veritatis por el querellado- realice un desistimiento expreso de la acción (arts. 396 C.P.P. y 59 inc. 4 C.P.; vid Se. 174/09, entre otras), con lo cual quedarían insatisfechas aquellas finalidades del artículo constitucional en cuestión.- - - -

----- Por ello, “no debe confundirse la acción como medio de que la potestad de castigar llegue a ser castigo efectivo, con los procedimientos judiciales para el ejercicio práctico de la acción penal” (Vera Barros, La prescripción en el Código Penal, pág. 1).- - - - -

- - - - -

-----2.15.- Derecho a la libertad de expresión:- - - - -

-----a) Si bien en los considerandos anteriores fundamenté in extenso las condiciones que se deben cumplir para que sea operativa la obligación de acusar prevista en el art. 56 de la Constitución Provincial, es de insoslayable mención el derecho a la libertad de expresión, por ser un tema que tiene íntima vinculación con la cuestión, en función de los errores en que suelen incurrir los abogados (incluyendo a jueces) al encuadrar los hechos reprochados en el tipo penal de calumnias o de injurias, cuando no en ambos de forma indistinta, sin olvidar que ello también depende de la necesaria ponderación de las pruebas producidas.- - - - -

-----b) En este orden de ideas, en la ya citada Se. 147/08 he dicho: “Las diferentes conclusiones respecto del ///36.- encuadramiento típico a las que arribaron en aquella causa los respectivos Tribunales del país se debieron a las disímiles opiniones basadas en distintos criterios jurídicos sobre la valoración de los hechos objeto de juzgamiento (expresiones en el libro del señor Kimel), en función de que –y merece ser destacado-

‘es la distinción entre los hechos y los juicios de valor y la necesidad de que ambas categorías sean juzgadas con parámetros diferentes’ (conf. CSJN, ‘P., J. A. y otro c/Diario La Nación y otros’, del voto concurrente de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).- -

----- “En este sentido, elocuente es este último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual se sostuvo: ‘5°) Que, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado el diario demandado ha fundado su posición en el derecho a la libertad de expresión, información y prensa y, por el otro, la parte actora ha invocado su derecho a la honra y reputación. Con respecto a la libertad de expresión, esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que «... entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal...» (Fallos: 248:291, 325). Sin embargo, ha reconocido que, bajo ciertas circunstancias, el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros (Fallos: 308:789; 310:508). [...]----- ///37.-- “‘7°) Que el editorial publicado por el diario demandado tuvo la finalidad de manifestarse sobre el funcionamiento de un organismo público, como lo es el Cuerpo Médico Forense, y para ello se ha valido de un lenguaje que incluye opiniones críticas sobre ciertas circunstancias que han sido mencionadas asertivamente. Al respecto, cabe señalar que tanto la sentencia dictada por la cámara de apelaciones como el dictamen del señor Procurador General, consideraron relevante para decidir el caso establecer previamente si las expresiones contenidas en el editorial podían clasificarse como opiniones o bien como afirmaciones de hecho. La sentencia apelada ha concluido que el principio de la real malicia, que esta Corte tomara del precedente norteamericano *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 254) es inaplicable al caso precisamente por entender que sólo sirve para juzgar sobre aquellas expresiones que consisten en juicios de hecho, mientras que el editorial publicado por la demandada habría consistido sólo en opiniones o valoraciones. [...] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo, por cierto, que «se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor». Pero, es menester precisar que ello tuvo sentido en tren de explicar por qué un ordenamiento jurídico que recurre a la prueba de la verdad, como criterio para discernir responsabilidad civil o penal por difamación, no protege suficientemente la libertad de expresión. Es lo que

hizo el Tribunal mencionado en el caso *Lingens*, fallado el 8 de julio de 1986, en cuyo apartado 46 se encuentra esa frase, pero no solamente ella. Según se explica en la sentencia, el derecho austríaco establecía que ///38.- si las expresiones eran objetivamente aptas para difamar, los periodistas sólo tenían posibilidad de evitar la condena cuando podían «probar la veracidad de sus afirmaciones». Inmediatamente después el tribunal europeo concluyó que una prueba semejante no podía «cumplirse respecto de juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente». [...] Por lo tanto, el señalamiento sobre la importancia de «distinguir entre hechos y juicios de valor» fue utilizado por el Tribunal Europeo para ampliar la protección de la libertad de expresión más allá de las afirmaciones de hecho y alcanzar con ella a las opiniones o evaluaciones. [...] De todos modos, no es la prueba de la verdad el tipo de protección que este Tribunal ha reconocido a la libertad de expresión al adoptar el test conocido como de la «real malicia», tomándolo del precedente *New York Times vs. Sullivan*.- - -

----- “\8°) Que según los precedentes de esta Corte, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943). [...] Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que ///39.- exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes. [...] Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que «Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir» (*New York Times vs. Sullivan*, 376 U.S. 254, 271). Por su parte, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que «... Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse

libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio...» (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57). [...] Que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primer e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que ///40.- el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia -conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad- no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico. [...] Si bien esto último puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (art. 377 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico. [...] Que de estas consideraciones cabe deducir que no es necesario crear otro estándar para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones. Una conclusión semejante debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, ///41.- sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa. Por lo demás, no se trata el presente caso de otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caber en la categoría de «insulto» (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert).-

----- “\9º) Que, por lo tanto, en la medida que la jurisprudencia de esta Corte ha incorporado el principio de real malicia y no el test de la verdad como adecuada

protección de la libertad de expresión, la cámara de apelaciones, después de constatar que se trataba de un artículo crítico hacia el funcionamiento de una dependencia gubernamental y al desempeño de ciertos funcionarios públicos, debió limitarse a constatar si la parte actora había demostrado que el medio periodístico supo o debió saber que los hechos, a los cuales se califica como «estructura ilegal» y que sirvieron de apoyo para solicitar una depuración del Cuerpo Médico Forense, podían ser falsos. Al eludir este análisis, restringió inaceptablemente el espacio que es necesario para el desarrollo de un amplio y robusto debate público sobre temas de interés general y que ha sido garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional. [... La mencionada doctrina ha sido recogida en el proyecto del Senado sobre reforma a los arts. 109 y siguientes del Código Penal, luego convertido en Ley 26551, a efectos de adecuar a los estándares internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión, ver Ley 26388].- - - - - ///42.-- “\11) Que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social. En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, «está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines...» (Joaquín V. González, «Manual de la Constitución Argentina», N1 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897)\”.- - - - -

- -

----- La cita in extenso se justifica, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado con énfasis la doctrina allí sentada en el reciente fallo in re “Recurso de hecho deducido por Marcelo Benjamín Zlotogwiazda en la causa Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros”, del 16 de noviembre de 2009.- - - - -

- - - - -

-----c) 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. Por lo mismo, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es

///43.- también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (conf. CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13/11/85. Serie A N° 5, párrafos 69 y 70).- - - -

----- Desde su Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el efecto de las reservas a la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Opinión Consultiva OC-2/82 del 24/11/82, Serie A N° 2, párrafo 29) y en su sentencia contenciosa sobre reparaciones en el Caso Aloeboetoe v. Suriname (CIDH, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, Reparaciones y Costas, sentencia del 10/11/93, Serie C N° 15, párrafo 24), dictada en 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha dejado de valorar hasta el presente a la democracia como también insistir en su importancia crucial (derecho humano en ciernes –CIDH, caso Yatama Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/06/05. Serie C N° 127, voto razonado del Juez D. García Sayán, párrafo 7- o expresión de la organización política de la sociedad: “instituciones democráticas”, “democracia representativa”, “sociedades democráticas”), sea para la realización de los fines de la misma Convención como lo indica su Preámbulo, sea para la ///44.- adecuada interpretación de los derechos humanos que ella consagra y como lo pide su artículo 29.c, para determinar el “núcleo pétreo” o los límites a que deben estar sometidos estos derechos bajo la regla de “las justas exigencias de bien común, en una sociedad democrática”, a tenor del art. 32 ejusdem, en su inciso 2.- - - - -

----- Es de señalar que la Corte de San José se ha referido y ha desarrollado con amplitud y en aplicación de las distintas normas de la Convención, la totalidad de los estándares que reclama la democracia para ser considerada como tal en su legitimidad originaria o en la de desempeño o ejercicio (conf. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 21/11/07, Serie C N° 170; Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 22/11/07, Serie C N° 171; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28/11/07, Serie C N° 172; Caso Trabajadores Cesados del Congreso

(Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30/11/07, Serie C Nº 174).- - - - -

----- Acerca de esta materia ha vuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos repetidas veces y en fallos emblemáticos (CIDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta -arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos-, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29/08/86, Serie A Nº 7; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, ///45.- Reparaciones y Costas, sentencia del 05/02/01, Serie C Nº 73; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 06/02/01, Serie C Nº 74; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/07/04, Serie C Nº 107; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31/08/04, Serie C Nº 111; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22/11/05, Serie C Nº 135; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19/09/06, Serie C Nº 151), hasta el punto de haber definido una doctrina amplia, sistemática y muy esclarecedora acerca de los alcances de la libertad de pensamiento y expresión, según los términos del art. 13 de la Convención Americana: que como derecho humano es elemento esencial de la democracia representativa y, a la vez, en su especificidad, como libertad de expresión y de prensa, es componente fundamental del ejercicio de la democracia, de acuerdo con el tenor de los arts. 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana.- - - - -

----- En el fallo sobre el Caso Kimel v. Argentina, dictado el 5 de mayo de 2008, la Corte Interamericana avanza en su desarrollo jurisprudencial sobre la indicada materia y lo hace hasta un punto en el que, por una parte, modula –como exigencia de la propia democracia- la tesis de la “despenalización” de la calumnia y las injurias en los asuntos de interés público y a propósito del ejercicio de la libertad de expresión, y por la otra, replantea, al paso, un nuevo marco de relaciones con los medios de comunicación ///46.- social y con los periodistas: “poder”, según ella, capaz de violentar los derechos humanos -como el “honor del funcionario público” objeto de la litis- y la equidad en la información, por ende susceptible de ser enfrentado desde el Estado con sus medios (conf. Asdrúbal Aguiar, “La libertad de expresión: ¿Piedra angular de la democracia?”, publicado en La Ley).- - - - -

----- Ya en varios pronunciamientos de tribunales nacionales anteriores al caso “Kimel”,

hubo jueces que valoraron ese rol de la libertad de expresión. Así, en 1972, el juez Millán destacó que “[l]a salud de las instituciones se preserva mejor e incuestionablemente con más justicia esclareciendo lo que es moral o jurídicamente perjudicial que silenciándolo, caiga quien caiga. Los falsos prestigios son más dañinos que el escándalo y que los sacrificios dolorosos” (JA, 1973-17-297, caso “Elnecavé”). También, y con referencia a un juez, sostuvo que “[a]un la crítica más severa, que puede ser aguda, apasionada o injusta, importa, claramente, el legítimo ejercicio de un derecho que usado razonablemente, con objetividad y sin otra intención que la de informar o de entretener, encuentra amparo en el art. 14 de la CN” (Causa “Juvenal”, N° 11.456, resuelta el 18/04/91 por la CNApelCrim. y Correc., sala II). El juez Juan Cortelezzi destacó que “intimidar a los críticos de la conducta de un funcionario público requiriendo la verdad de todas las aserciones y hacerlo bajo castigo de juicios por calumnias e injurias devendrá en algo comparable a la autocensura” (ED, 165-275, caso “Gostanián”). Entre otros pronunciamientos judiciales del mismo tenor y de la época en ///47.- que se resolvió el caso “Kimel”, podemos citar los casos “Galván c/ Ramos” (LL, 1987-D, 172) y “Gilardi Novaro” donde, implícitamente, los jueces Cattani y Rodríguez Basavilbaso se acogieron a los fundamentos de “Barr v. Matteo”. Allí expresaron: “ministros, legisladores, políticos en general, deben poder expresarse sin que pese sobre ellos el temor de incurrir en la comisión de delitos contra el honor, con la única condición de que actúen de buena fe, convencidos de la veracidad de cuanto expresan, sin ánimo de deshonor o maledicencia. Frente a esto yo diría que simétricamente, se halla el derecho de crítica de los ciudadanos, que esta misma Cámara ha analizado con idéntica amplitud de miras” (Caso “Gilardi Novaro”, confirmado por la CSJN, Fallos CS 314:637). Asimismo, cabe incorporar como principio el sentado por este Superior Tribunal en la Se. 23/09 STJRNSP, definido como principio de máxima tolerancia cuando la causa comprende a funcionarios públicos bajo determinadas circunstancias.- -

- - - - -

----- Dable es recordar que la “real malicia” fue una prerrogativa reconocida a los particulares como contracara del privilegio acordado a los gobernantes en “Barr v. Matteo” (360 US 564). Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo de “New York Times v. Sullivan” (376 US 255 de 1964), en la opinión de la mayoría expuesta por el juez William J. Brennan, se destacó: “En Barr v. Matteo, esta Corte mantuvo que las expresiones de los funcionarios federales eran absolutamente privilegiadas si se hacían dentro del perímetro externo de sus deberes. Los Estados

otorgan la misma inmunidad a las expresiones de sus más ///48.- altos funcionarios, aunque algunos distinguen entre sus funciones menores y limitan el privilegio de que disfrutan. Pero todos coinciden en mantener que todos los funcionarios están amparados, a menos que pueda probarse su real malicia. Se dice que la razón del privilegio oficial es que, de no existir, la amenaza de demandas por daños y perjuicios cohibiría la administración intrépida, vigorosa y efectiva de las normas del gobierno y apagaría los bríos de todos salvo de los más resueltos -o más irresponsables- en el fiel e intrépido cumplimiento de sus deberes. Consideraciones análogas dan pie a este privilegio del ciudadano-crítico. Porque tanto es su deber criticar como lo es del funcionario administrar. Como dijera Madison, el poder de censura lo ejerce el pueblo sobre el gobierno y no el gobierno sobre el pueblo. Los servidores públicos tendrían una preferencia injustificada respecto del público al que sirven si los críticos de la conducta oficial no tuviesen un equivalente adecuado de la inmunidad que se les concede a los funcionarios. Concluimos que la Primera y la Decimocuarta Enmiendas requieren ese privilegio”. La referencia a “Barr v. Matteo” también fue expuesta en sus votos por los jueces Hugo Lafayette Black, William Orville Douglas y Arthur Goldberg.- - - - -

----- Así es que el papel que desempeña la libertad de expresión en un sistema auténticamente democrático, y la circunstancia de que la promoción de acciones penales o civiles constituye procedimientos a los cuales podrían acudir funcionarios públicos para silenciar las críticas o privar de cierta información al pueblo, impone la necesidad ///49.- de actuar con suma cautela en la materia, aplicando criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre aquella función de la libertad de expresión y los derechos personalísimos vulnerados por ella (conf. Gregorio Badeni, “El caso Kimel: Libertad de expresión y despenalización de la injuria”, publicado en LL 2008-C, 684).- - - - -

----- Esta postura fue también sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Ríos y otros vs. Venezuela” (del 28/01/09 -Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).- - - - -

----- Conforme con todo lo dicho, en nuestro país se ha reconocido que “... no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos, sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos”, pues el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de

informar (Fallos: 310:508, consid. 13, citado por Luis M. García). La prensa es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa atenta a la actividad del gobierno y de la administración. Tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes; permitir a los ciudadanos vigilar el funcionamiento del gobierno; servir de escudo a los derechos individuales contra los excesos de los funcionarios y hacer posible a cualquier ciudadano colaborar ///50.- con la acción de gobierno (consider. 6 de la disidencia del doctor Fayt en “Verbitsky” del 13/06/89, Fallos: 312:916; conf. Ricardo J. Klass, “Responsabilidad civil y penal de los medios de prensa y los periodistas: La doctrina de la real malicia y la doctrina ‘Campillay’”, publicado en LL 2003-D, 1398).- - - - -

-----d) Tienen relación con lo que vengo desarrollando las cuestiones de la acción autónoma civil aunque no se configure delito penal (calumnias, injurias o falsa denuncia; conf. arts. 1084/1090 y ccdtes. C.C. y 109, 110 y 245 C.P.) y con la reciente Ley 26522 de “Servicios de comunicación audiovisual” (publicada en el B.O. del 10/10/09).- - - - -

----- Estos temas, por supuesto, exceden en mucho el marco del presente voto como para ingresar en un análisis serio y objetivo al respecto, por lo cual esa tarea quedará para la oportunidad pertinente.- - - - -

-----e) Por lo dicho, entiendo con Badeni que la libertad de expresión como un derecho natural de la persona fluye de la naturalidad del pensamiento humano. El pensamiento es una característica esencial que distingue al ser humano y no podrá restringirse o anularse en sí mismo. Lo que en los hechos suele limitarse con frecuencia es la expresión de ese pensamiento (conf. aut. cit., Instituciones del Derecho Constitucional, ed. Ad-Hoc SRL, 1997).- - - - -

----- Así, la libertad de expresión ocupa un lugar eminente en un régimen republicano y por ello “... entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su ///51.- debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal...” (Fallos: 248:291), y sin olvidar que “el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio” (Fallos: 308:789; 321:667 y 3170; conf. CSJN in re “Recurso de hecho deducido por

Marcelo Benjamín Zlotogwiazda en la causa Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros”, supra citado, considerando 8º del voto del doctor Juan Carlos Maqueda, y considerando 6º del voto de la mayoría).- - - - -

-----3.- Conclusión:- - - - -

----- Al hablar de la constitucionalización de la ética pública y sus efectos recordamos que, si bien, como desde antiguo enseñaba Séneca, la corrupción es un mal de los hombres antes que un vicio de los tiempos, no es menos cierto que sí parecen ser un signo actual su entidad y su carácter sistemático y endémico (Fabián Omar Canda, Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, ed. Lexis Nexis, Serie Monografías Jurídicas, 2004, pág. 120), y la desviación del poder y el abuso del derecho se han sentado en los sillones de los funcionarios públicos para sustituir la voluntad del pueblo o para desconocer el estado de derecho.- - - - -

----- Es en este orden de ideas que la intención de los convencionales que sancionaron el texto analizado fue enfatizar en una norma de ética pública y obligar a los funcionarios a que, sin perjuicio de la defensa de su honor ///52.- o de su prestigio y fundamentalmente en defensa de la institución, del cargo, del lugar que ocupa en el Estado, prontamente rebatan con sus argumentos aquellas acusaciones que consideren injustas, porque ayuda a lograr la vigencia del Bien Común.- - - - -

- - -

----- A su par y de forma concordante tengo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incorporado el principio de real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión, marco jurisprudencial insoslayable para evitar restringir inaceptablemente el espacio que es necesario para el desarrollo de un amplio y robusto debate público sobre temas de interés general y que ha sido garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano, por lo que el excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura, lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes (conf. CSJN in re “Patitó”).- - - - -

- - - - -

----- Así, entiendo que la tutela del art. 56 de la Constitución Provincial a la decencia, la honorabilidad y la honestidad de la Administración Pública se encuentra cumplida cuando se inicia una investigación por la pública imputación del delito contra un agente

público en el desempeño de sus funciones.- - - - -

----- Y cuando no se inicie, difícil es pensar que fallaron ///53.- todos los organismos obligados a actuar de oficio –salvo por las acciones dependientes de instancia privada y las privadas- (Ministerio Público Fiscal, organismo público donde preste funciones el agente, Tribunal de Cuentas, Fiscalía de Investigaciones Administrativas –v. art. 37 Ley L 3550) y se cargue al agente público con la obligación de iniciar un juicio por querellas con objeto de que se sancione por hechos (imputación pública) a los cuales ningún organismo del Estado les prestó atención.- - - - -

----- Por esos motivos, cuando se cumplan las condiciones de que se atribuya a un agente público determinado o determinable la comisión de un hecho delictivo concreto (lugar, tiempo y espacio) en el desempeño de sus funciones; la imputación del delito tome estado público; no se inicie investigación; existan indicios de que la imputación es seria y objetiva con especial ponderación del contexto de las circunstancias en virtud de la libertad de expresión y excluyendo las expresiones referidas a asuntos de interés público, las que no sean asertivas y las que se encuentren al amparo de la inmunidad de opinión o voto (al respecto, ver Se. 29/09 STJRNSP, voto del Dr. Cerdera como juez subrogante), el agente público está obligado a realizar uno o más actos que demuestren su accionar vindicatorio, en razón de que el Estado de derecho constitucional tiene el papel principal de ser medio de conexión y armonía entre los intereses particulares y el interés común (que engloba los primeros y permite que la vida social pueda desarrollarse con expectativas ciertas y fundadas de progreso y bienestar), en cuyo marco la investigación periodística ///54.- desempeña un rol importante para la transparencia que exige el sistema republicano. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

-----1.- Adhiero a lo sostenido por el doctor Víctor Hugo Sodero Nievas y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

-----2.- En este orden de ideas, entiendo que el preopinante ha realizado un amplio y pormenorizado análisis de la acción vindicatoria prevista en el art. 56 de la Constitución Provincial, como asimismo de su interpretación y alcances legales.- - - - -
- - - - -

----- Así, es evidente la relación de esta norma con las figuras penales de calumnias e injurias y la reciente restricción punitiva que ha realizado la Ley 26551 en cuanto a los tipos penales e, inclusive, con la despenalización de “las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”.- - - - -

----- Tampoco podemos desconocer la conexión que tiene con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto reconoce a todas las personas los derechos y libertades de expresar su pensamiento, de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, así como el derecho a recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno (conf. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, Serie A N° 5, párrs. 30-32; ver también Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 05/02/01, Serie C N° 73, párr. 64; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, ///55.- Reparaciones y Costas, sentencia del 06/02/01, Serie C N° 74, párr. 146; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/07/04, Serie C N° 107, párr. 108; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31/08/04, Serie C N° 111, párr. 77, y Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/05/08, Serie C N° 177, párr. 53).- - - - -

----- Es que en “varias democracias de América Latina existe una debilidad de las instituciones públicas encargadas del control de las conductas y funciones de la autoridad. En dichos países, la prensa se ha transformado en el principal instrumento de control y difusión del accionar del Estado. En muchos casos la prensa ha expuesto ante la opinión pública actos ilegales, abusivos o de corrupción de agentes del Estado y como consecuencia de las denuncias, los medios de comunicación y comunicadores sociales terminan siendo blanco de ataque y desprestigio” (conf. Declaración de Principios Sobre Libertad De Expresión, aprobada por la CIDH en octubre de 2000, en el 108° período ordinario, párrafo 38).- - - - -

----- Por eso la libertad de expresión, “\... particularmente en asuntos de interés público, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática\”. No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que ///56.- implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos

de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios. [...] Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas. [...] El ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de ///57.- facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen. [...]” (CIDH, Caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, sentencia del 28/01/09, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105/107).- - - - -

----- De tal forma, queda claro que el art. 56 de nuestra Constitución local está inserto y relacionado con el bloque normativo conformado por la Constitución Nacional (arts. 18, 36 y ccdtes.), los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), las leyes nacionales (arts. 59, 71, 109/113, 245, 274 y ccdtes. C.P.; C.C.; Leyes 24759 y 26522; entre otras), los artículos concordantes de la misma Constitución Provincial (arts. 22, 47, 128, 164, 167, 184, 218 y 235), las leyes provinciales (L 3550, P 2107, K 4199 y B 2384), entre la principal e ineludible legislación a mencionar, todo lo que determina que cuando se cumplan las condiciones de atribuir a un agente público determinado o determinable la comisión de un hecho delictivo concreto (lugar, tiempo y

espacio) en el desempeño de sus funciones; la imputación del delito tome estado público; no ///58.- se inicie investigación; existan indicios de que la imputación es seria y objetiva con especial ponderación del contexto de las circunstancias en virtud de la libertad de expresión, y excluyendo las expresiones referidas a asuntos de interés público, las que no sean asertivas y las que se encuentren al amparo de la inmunidad de opinión o voto, el agente público está obligado a realizar uno o más actos que demuestren su accionar vindicatorio.- - - - -

----- Esta interpretación del citado art. 56 determina su constitucionalidad en función de su encastramiento en un sistema positivo de normas jerárquicamente superiores y, asimismo, concuerda con el cumplimiento de los propósitos de promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio (conf. art. II, Propósitos, Convención Interamericana Contra la Corrupción). MI VOTO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 29/

----- 31 de las presentes actuaciones por el querellado doctor Tomás Armando Rébora por propio derecho.- - - - - Segundo: Registrar, notificar y, oportunamente, archivar.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 13

SENTENCIA: 207

FOLIOS: 2541/2598

SECRETARÍA: 2