



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

–I–

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de San Luis rechazó el recurso de casación con el que la defensa de Diego Mariano M había impugnado la sentencia que lo condenó por la comisión del delito de publicación indebida de una comunicación electrónica, del artículo 155 del Código Penal, y le impuso la pena de noventa mil pesos de multa, accesorias legales y costas.

La defensa de M interpuso entonces recurso extraordinario federal en el que atribuyó arbitrariedad al pronunciamiento apelado y una errónea interpretación del derecho a la libertad de expresión. El *a quo* lo declaró inadmisibile mediante su resolución del 27 de abril de 2022 y eso motivó la presentación de esta queja.

–II–

En este proceso se le ha imputado a M , director del sitio periodístico z .com.ar, haber publicado en ese medio un video en el que se veía a María Natalia S , por entonces titular del Ministerio de Educación de la provincia de San Luis, decir que había consumido marihuana y bebidas alcohólicas y que estaría bajo los efectos de esas sustancias. El video había sido tomado algunos meses antes por la propia S mientras estaba en la ciudad de Ámsterdam, en el Reino de los Países Bajos, en uso de licencia, y enviado por ella a un grupo de personas cercanas mediante una aplicación de mensajería digital. Horas antes de su publicación bajo el título “Apareció un video con la ministra de Educación de Rodríguez S aparentemente drogada” el 24 de agosto de 2018, el video habría circulado entre periodistas de la provincia de San Luis, a través de la misma plataforma.

El Superior Tribunal de Justicia puntano confirmó la condena impuesta por el juzgado de primera instancia —que declaró culpable a M por la comi-

sión del delito del artículo 155 del Código Penal y determinó la sanción de noventa mil pesos de multa— al desechar los agravios que la defensa había esgrimido contra aquel pronunciamiento. En particular, en lo que aquí es de relevancia en virtud de lo que sostendré en la sección IV, el *a quo* entendió que el comportamiento de M no estaba protegido por el derecho alegado a la libertad de expresión en razón de que habría invadido indebidamente el derecho a la intimidad, privacidad y honor de S

–III–

En su apelación del artículo 14 de la ley 48, la defensa formula, por un lado, objeciones vinculadas con la prueba de los hechos de la causa —en particular, la atribución al imputado de la acción de publicar el video cuestionado en el sitio *YouTube* al que se enlazó la nota aparecida en el portal *z .com.ar* que aquél dirige— y el procedimiento observado por la parte querellante y el tribunal de instancia, sobre la base de las cuales postula la arbitrariedad de lo resuelto.

Por otra parte, sostiene, en contra de lo afirmado por el *a quo*, que el comportamiento de la titular de la cartera de educación de la provincia en relación con el consumo de estupefacientes, que ilustra el material audiovisual publicado, constituiría un tema de interés público, pues —en su entender— así lo sería, en general, todo lo vinculado con la conducta de los funcionarios públicos y, en especial, lo referido al uso de estupefacientes en relación con las autoridades educacionales provinciales según la disposición del artículo 42 de la ley 23.737.

Con apoyo en esa proposición, el recurrente aduce que la condena resultaría violatoria del derecho a la libertad de expresión tal como ha sido interpretado, en particular, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Kimel vs. Argentina” (Serie C n° 177, sentencia del 2 de mayo de 2008) y “Fonte-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

vecchia y D'Amico vs. Argentina” (Serie C n° 238, sentencia del 29 de noviembre de 2011).

–IV–

En mi opinión, el recurso extraordinario interpuesto, dirigido como está contra la sentencia del tribunal superior de la provincia que puso fin al proceso penal en el que M resultó condenado, es admisible en la medida en que pone en cuestión el alcance que el *a quo* reconoció al derecho constitucional que la parte invocó en su defensa, esto es, el derecho a la libertad de expresión que garantizan los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la decisión ha sido contraria a la pretensión que el recurrente fundó en esas normas (cf. artículo 14, inciso 3°, de la ley 48 y Fallos: 306:1892, 324:2895, considerando 3°, 330:4615, entre otros).

No lo es, en cambio, en cuanto dirige sus críticas a asuntos vinculados directamente con la valoración de la evidencia producida y la reconstrucción de los hechos de la causa y a la interpretación y aplicación de normas del procedimiento penal provincial. A este respecto corresponde recordar, una vez más, que el recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia es de naturaleza excepcional, pues no le corresponde a la Corte sustituir a los jueces de las provincias en temas de hecho, prueba y derecho común y procesal local, que son propios de éstos, salvo que hubieran incurrido en desaciertos u omisiones de tal gravedad extrema, que no pueda predicarse de sus fallos que son la sentencia fundada en ley que garantizan los artículos 17 y 18 de la Constitución (cf. Fallos: 315:449, 332:2815, entre muchos otros), lo que no ocurre en el *sub examine*.

A la excepcionalidad propia del control de arbitrariedad por la vía del recurso extraordinario debe sumarse que cuando pretende ser ejercido —como en este caso— respecto de pronunciamientos de superiores tribunales de provincia, en

relación con la interpretación del derecho procesal provincial y el alcance de recursos locales, esa doctrina es de aplicación particularmente restringida (cf., por ejemplo, Fallos: 302:418, 305:515, 306:501, 307:1100, 313:493).

–V–

En cuanto al fondo de la cuestión federal planteada, debe destacarse, en primer término, como lo ha hecho recientemente V.E. al pronunciarse en Fallos: 345:482, el lugar preeminente que tiene la libertad de expresión dentro de la arquitectura de la Constitución, en atención a su papel decisivo para el funcionamiento de una república democrática y el ejercicio del autogobierno colectivo establecido por ella; su alcance peculiar, que excede el derecho individual de emitir y expresar el pensamiento, e incluye el derecho social a la información; y la interpretación estricta que corresponde a cualquier restricción, sanción o limitación de su ejercicio (cf., en especial, considerandos 7° a 11, y sus citas).

La jurisprudencia del Tribunal en la materia, por su parte, ha admitido alguna limitación, por la vía de la atribución de responsabilidad por daños, cuando el ejercicio de la libertad de expresión importa una intromisión indebida en un ámbito de intimidad personal reservado, que también garantiza la Constitución en su artículo 19 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11 (cf., en especial, Fallos: 306:1892 y 330:4615).

Este derecho fundamental a la privacidad e intimidad es el que, de acuerdo al razonamiento del *a quo*, subyace al tipo del artículo 155 del Código Penal que criminaliza la publicación indebida de “una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad” cuando eso “causare o pudiere causar perjuicios a terceros”, y dio fundamento a la sentencia de condena impugnada.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Ahora bien, como demostración de que la pena así impuesta no conculcaría la libertad de expresión que M invocó en su defensa, los magistrados de la provincia, tras transcribir *in extenso* algunos pasajes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” del 29 de noviembre de 2011 (cf. pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia, págs. 24/25; el texto allí transcrito corresponde a los párrafos 48/50 de aquella decisión), se limitaron a afirmar que “el video que origina la presente causa no tiene relación con la función pública que como Ministra de Educación, en esa época cumplía Natalia S , entendiéndose por interés público a la publicación que haga referencia o alusión a la conducta de un funcionario público en ejercicio de sus funciones y no a los actos de la vida privada, amparados por la Constitución Nacional, máxime si en el caso, se encontraba de licencia de su cargo por matrimonio, entendiéndose que tal exposición sólo obedeció a menoscabar la imagen de la funcionaria” (idem, pág. 25).

Según lo aprecio, al resolver como lo hizo el *a quo* no ha dado al derecho fundamental a la libertad de expresión el peso que le cabe conforme a la propia jurisprudencia que dijo aplicar, ni ha valorado aspectos del caso que, según esa doctrina constitucional, han de ser tenidos en cuenta para determinar si la condena penal confirmada afecta injustificadamente la producción y acceso a discursos constitucionalmente protegidos.

Por un lado, en mi entender, la corte provincial descarta sin razón la aplicación del marco constitucional que regula el debate público, en el que la expresión y difusión de contenidos goza de la máxima tutela (cf. Fallos: 345:482, considerando 15), solo con base en que el video publicado, y los hechos que evidencia, corresponden a un momento en que la agraviada, por entonces titular del Ministerio de Educación de la provincia, se hallaba en uso de licencia.

No está en discusión —ni podría estarlo razonablemente, por cierto— que S , en virtud de la altísima función que ocupaba en el gobierno de la provincia, constituía una persona pública en los términos de la jurisprudencia de V.E. en la materia, a la que corresponde una tutela atenuada de sus derechos al honor e intimidad cuando ellos colisionan con el ejercicio de la libertad de expresión de otros (cf., por ejemplo, Fallos: 310:508 y 333:2079).

En mi opinión, el primer error del razonamiento del *a quo* reside en suponer que lo que el funcionario público realiza fuera del estricto ejercicio de su función —por ejemplo, en horario inhábil o cuando se encuentra en uso de licencia— es por esa sola razón ajeno al debate público. La tesis, además de —en mi criterio— evidentemente equivocada, colisiona con lo que la propia Corte Interamericana sobre Derechos Humanos afirma explícitamente al resolver el citado caso “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina”, en el párrafo inmediatamente anterior a los tres párrafos transcritos por el *a quo* en su pronunciamiento. Allí, al dar cuenta de que “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público” y que “[s]us actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”, el tribunal interamericano recuerda que las expresiones que en ese ámbito “gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático” no se limitan a lo concerniente “a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores”, sino también, “entre otras”, a las que refieren “a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público” (cf. la referida sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 47).

La consideración en virtud de la cual el recurrente atribuye interés público a la información propalada mediante la publicación del video cuestionado reside precisamente en el hecho de que resulta pertinente para evaluar la idoneidad de la funcionaria para el ejercicio de su función como titular de la cartera de Educación de



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

la provincia. En esa dirección, la defensa subraya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la ley 23.737, es competencia de “las autoridades educacionales y sanitarias provinciales” la formación en “los diversos aspectos del uso indebido de droga”.

Sin que, por cierto, esto importe la adopción de posición alguna acerca de lo que cabría concluir en definitiva acerca de la cuestión que la información difundida permitiría poner en discusión, la actitud de la entonces ministra frente al uso recreativo de estupefacientes que el video efectivamente ilustra, resulta —a mi juicio— un dato de incuestionable pertinencia para la discusión de las condiciones para el desempeño de su papel institucional.

Según lo veo, el hecho de que la corte local no haya siquiera considerado este aspecto de los hechos del caso vicia por sí mismo, y fatalmente, su pronunciamiento.

–VI–

Por otro lado, en cuanto al carácter íntimo —y en esa medida protegido por los artículos 19 de la Constitución Nacional y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— de las imágenes publicadas, también pienso que el *a quo* no ha cumplido con la doctrina constitucional aplicable y ha prescindido de la valoración debida de facetas del suceso en examen que, a la luz de aquélla, resultan decisivas para la adecuada solución del caso.

El material audiovisual divulgado fue tomado por la propia S para ser enviado a un conjunto de personas allegadas mediante una aplicación de mensajería digital. En él, ella misma narra las actividades vacacionales compartidas con su cónyuge ese día en la ciudad de Ámsterdam, entre ellas, el consumo de marihuana y alcohol. No forma parte de los hechos de la causa el modo en el que M

habría obtenido el video. El agravio de la querellante, que dio lugar en definitiva a la condena por el delito del artículo 155 del Código Penal, se limita a su publicación no autorizada.

El caso es así relevantemente distinto de aquellos en los que V.E. falló en favor de la validez de la limitación de la libertad de expresión derivada de la atribución de responsabilidad jurídica por la afectación al derecho a la intimidad de la persona perjudicada por una publicación (cf. en especial, Fallos: 306:1892 y 330:4615). A diferencia de lo tomado en consideración en los precedentes citados, no hay en el *sub examine* una intromisión por parte de quien toma las imágenes en un espacio privado para obtener el registro que después se divulga. Antes bien, en el presente fue la propia S la que tomó el video y lo hizo circular entre un grupo acotado de personas, probablemente sin la autorización explícita de darlo a conocer más allá de ese círculo.

La escena grabada, la autoría de la interesada y su difusión voluntaria, bien que limitada, diferencian drásticamente su situación de la del *leading case* de Fallos: 306:1892, en el que estaban en juego las fotografías de Ricardo B en su última agonía, tomadas subrepticamente mediante el ingreso indebido a una sala de terapia intensiva.

A este respecto debe recordarse —como lo ha hecho V.E. recientemente— que la salvaguarda constitucional contra la divulgación no consentida de aspectos íntimos de la vida de una persona que puedan afectar su reputación o buen nombre no comprende “aquellos supuestos en que la lesión invocada es consecuencia de las acciones libres adoptadas por el propio individuo en el desarrollo de su personalidad” (cf. Fallos: 345:482, considerando 16).

En mi entender, y sin que esto implique abrir juicio acerca de su impacto en los hechos de la causa, la sentencia impugnada no ha tomado en cuenta nin-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

guna de estas dimensiones de la doctrina constitucional aplicable al caso. Lo resuelto de ese modo no ha dado debida respuesta al planteo que la defensa fundó razonablemente en su derecho fundamental a la libertad de expresión. Según lo aprecio, corresponde, por tanto, revocarla y reenviar las actuaciones al tribunal superior de la provincia para que dicte una nueva resolución conforme a derecho.

–VII–

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado en este dictamen y revocar la sentencia impugnada.

Buenos Aires, 12 de julio de 2022.