

STJSL-S.J. – S.D. N° 114/23.-

--En la Provincia de San Luis, a un día del mes de noviembre de dos mil veintitrés, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros, Dres. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE y JOSÉ GUILLERMO L'HUILLIER – Llamados a integrar los Dres. ADRIANA KARINA LUCERO ALFONSO y JORGE EDUARDO SABAÍNI ZAPATA - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA-, para dictar sentencia en los autos: ***“MASCÍ DIEGO (QUERELLADO) - SPINUZZA MARÍA NATALIA (QUERELLANTE) - “AV. VIOLACIÓN DE INTIMIDAD”-”*** - IURIX PEX N° 237679/18.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE, ADRIANA KARINA LUCERO ALFONSO, JORGE EDUARDO SABAÍNI ZAPATA y JOSÉ GUILLERMO L'HUILLIER.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por la Defensa del imputado?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del Código Procesal Criminal (Ley N° VI-0152-2004)?

III) En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE dijo: 1) Con relación a esta primera cuestión, referida a la admisibilidad formal de este recurso, entiendo que corresponde pronunciarme por la afirmativa, de conformidad con lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo de fecha 12/08/2022 al hacer lugar al recurso de queja.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. ADRIANA KARINA LUCERO ALFONSO, JORGE EDUARDO SABAÍNI ZAPATA y JOSÉ GUILLERMO L'HUILLIER comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN**.

A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. EDUARDO

SEGUNDO ALLENDE dijo: 1) Que la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante sentencia de fecha 12/08/2022, obrante en actuación N° 19974902 de fecha 16/08/2022, hace lugar al recurso de queja interpuesto por la defensa del querellado en virtud de la denegación del Recurso Extraordinario Federal y declara procedente el recurso extraordinario interpuesto en contra de la sentencia STJSL-S.J. – S.D. N° 218/21 de fecha 25/11/2021, dictada por el Superior Tribunal de Justicia, remitiendo los presentes actuados a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los lineamientos o consideraciones por ella efectuadas.

2) Conforme surge de las constancias de autos, el recurrente plantea que se ha vulnerado el principio de congruencia, el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso legal (art. 18 C.N., art. 10 D.U.D.H., art. 8 C.A.D.H.).

Alega, que conforme surge del art. 557 del C.P.Crim., se debe acompañar el documento que contenga la publicación, resultando ser un requisito *sine qua non*, para la admisión de la querrela por calumnia o injuria.

Esgrime, que del escrito acusatorio surge que se habla de un video y de una publicación escrita titulada “La Ministra de Educación Drogada y Borracha”, la que no fue acompañada, resultando improcedente.

Sostiene, que su representado se encuentra en un absoluto estado de indefensión, debido a que los hechos que se le imputan no existen, no fueron objeto de prueba en el proceso y jamás se publicó en el sitio web

periodístico www.zbol.com.ar una nota titulada “La Ministra de Educación Drogada y Borracha”.

Expone, que del informe de la prueba pericial surge que no se pudo acceder al video adjunto, tampoco se encontró la publicación, por lo cual no se ha probado si en el sitio web www.zbol.com.ar se publicó alguna nota el día 24 de agosto de 2018 a las 17:10hs, tal como se afirma.

Respecto a la violación del principio de congruencia, alega que se condenó a su defendido por haber subido a Youtube un video, en base a considerarse que era de público y notorio que el usuario de fantasía correspondía al sitio www.zbol.com.

Esgrime, que el art. 155 del C.P. ha sido interpretado erróneamente, que en lo sustancial dice que no habría delito porque no se ha publicado algo que no fuera público, porque el video fue enviado a un “grupo” de WhatsApp en noviembre de 2017, estando en poder de seis personas aparte del querellante, alegando que ésta es una red social pública o que cumple funciones similares.

Continúa exponiendo en torno a la violación de la libertad de expresión, que se ha omitido aplicar la garantía a la libertad de expresión de las ideas, que se encuentra consagrada en la Constitución Nacional (artículos 14 y 32), como también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 19 y 20), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 4), entre otros instrumentos con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la CN), limitándose la Juez Sentenciante, a formular apreciaciones genéricas y desprovistas de referencia a los hechos y constancias de la causa.

Alega, que lo difundido en el medio periodístico digital www.zbol.com.ar goza de protección conforme el “leading case Campillay” y siendo el video verdadero, no corresponde se le aplique a su defendido la sanción penal, por aplicación de la doctrina de la CSJN denominada teoría de la “real malicia”. Hace reserva de derechos.

3) Dictamen del Sr. Procurador General: En fecha 03/02/2023 (actuación N° 21219681) dictamina la Sra. Procuradora General de la Provincia Subrogante, esgrimiendo que por imperio del principio inherente a la seguridad jurídica se debe estar a la obligatoriedad de la resolución recaída por el Máximo Tribunal, por lo que corresponde se dicte una nueva sentencia respecto del recurso de casación incoado por la defensa, conforme dichos lineamientos.

4) En virtud de lo establecido, se impone dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a los lineamientos de los que se valió la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación para declarar procedente el Recurso Extraordinario, adelantando que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el querellado, conforme a las consideraciones que paso a detallar:

En el fallo de fecha 12/08/2022 la CSJN expresamente establece: “no se ha efectuado una revisión amplia e integral de la condena, en particular del agravio vinculado a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 155 del Código Penal a la luz del derecho a la libertad de expresión (artículos 14, 32 y 75, inciso 22, Constitución Nacional; artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” y en su dictamen el señor Procurador General de la Nación, expone que el recurso interpuesto por el querellado resulta admisible en cuanto al alcance que se le reconoce al 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 no lo es 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.

Por ello, los extremos de hecho se encuentran fuera de discusión, encontrándose acreditado que: “*La querellante, Sra. Natalia Spinuzza, se desempeñaba como Ministra de Educación de la Provincia de San Luis y durante el mes de noviembre de 2017, en oportunidad de*

encontrarse en Ámsterdam, Holanda, grabó un video en el que manifestaba entre otras, haber fumado marihuana y consumido cerveza. Ese video fue enviado por la propia querellante a amigos mediante WhatsApp y luego publicado y replicado por medios de información de San Luis y el país, adquiriendo una gran repercusión. Que de la pericia informática agregada en la causa, se pudo extraer que el video que origina esta causa fue publicado en la página web ZBOL.com.ar mediante el siguiente Link: <http://zbol.com.ar/4552-aparecio-un-videoconlamministra-de-educacion-de-rodriguez-saa-> aparentemente [drogada](#). Asimismo conforme fuera determinado por el perito, la publicación del video en youtube tuvo lugar el día 24 de Agosto de 2018, a la hora 17:11:23 hs de San Luis, Argentina”

Asimismo, resulta dable recordar que mediante sentencia de fecha 13/08/2020 (actuación N° 14485924), dictada por el Juzgado de Sentencia en lo Penal, Correccional y Contravencional de la Primera Circunscripción Judicial, se declaró culpable a Diego Mariano Masci, condenándolo a sufrir la pena de multa de \$90.000. (pesos noventa mil), por resultar autor material y penalmente responsable del delito de violación de intimidad por la publicación indebida de una comunicación electrónica (art. 155 del C.P.) en perjuicio de María Natalia Spinuzza, fallo que fue ratificado mediante sentencia STJSL-S.J. – S.D. N° 218/21 de fecha 25/11/2021.

Delimitado así el objeto recursivo, surge que el delito que se endilga al querellado es el contenido en el tipo penal previsto por el art. 155 del C.P. que prescribe “Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros. Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”.

La norma en cuestión, a partir de la reforma de Ley 26.388, prevé una cláusula de exención de responsabilidad en el segundo párrafo, que

establece que no se aplicará pena cuando el agente hubiere obrado en modo inequívoco con el propósito de proteger un interés público.

Por tal interés, ha de entenderse el relativo al orden público, la seguridad pública, es decir, lo que es de utilidad para el pueblo, para la sociedad, siempre ligado a la conducta de los funcionarios públicos.

Dicho precepto, al igual que la ley 26.551, tienen como principal antecedente la condena que recayó sobre la Argentina en el fallo Kimel y la imperiosa obligación de ajustar la normativa a los estándares internacionales que en la materia emanan del Sistema Interamericano de DDHH.

En lo particular, la CIDH ha venido señalando desde hace tiempo *“que hay discursos que se encuentran especialmente protegidos por resultar trascendentes para el interés público, es decir hay un interés genuino de la sociedad en conocer esa información, tienen que ver con el control de la gestión estatal y particularmente con los funcionarios públicos, son asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes, por ello ha otorgado especial protección a las expresiones referidas a funcionarios públicos o a asuntos de interés público se ha justificado, entre otras razones, en la importancia de mantener un marco jurídico que fomente la deliberación pública y en el hecho de que los funcionarios se exponen voluntariamente a un mayor escrutinio social y tienen mejores condiciones para dar explicaciones o responder ante los hechos que los involucren”*. (Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 122).

Asimismo, la exención de responsabilidad tal como lo plantea la CSJN en su fallo, debe ser analizada a la luz del derecho a la libertad de expresión consagrado en los art. 14, 32 y 75, inciso 22, Constitución Nacional; art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacándose que

recientemente en el Fallo 345:482, se recalca *“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).

Por otra parte, el Sr. Procurador en el fallo resalta que: *“el 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 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” remitiéndose al pronunciamiento de la CIDH en los autos “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” donde se afirma “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, entre otras, gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a 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 solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. (sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 47).*

Por todo ello, a partir del análisis propiciado, conforme el alcance y los lineamientos establecidos por la Excma. CSJN en su fallo,

entiendo que el querellado queda amparado por la exención de responsabilidad prevista en art. 155 último párrafo.

No obstante, cabe mencionar que la conducta típica prevista en el art. 155 de C.P. es publicar en forma indebida por sí o hacer publicar por tercero, total o parcialmente, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad.

Al respecto, la Excma. Corte compartiendo el dictamen del Procurador General plantea “que 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 Spinuzza 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”.

Que para la concreción de la tipicidad, se reclama la intromisión indebida, elemento que a criterio del máximo tribunal no se observa en el caso en examen, al afirmar que “La escena grabada, la autoría de la interesada y su difusión voluntaria, bien que limitada, diferencian drásticamente su situación del *leading case* del Fallo: 306:1892, en el que estaban en juego las fotografías de Ricardo Balbín en su última agonía, tomadas subrepticamente mediante el ingreso indebido a una sala de terapia intensiva. A este respecto debe recordarse 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”.

Más aún, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado "Ponzetti De Balbin, Indalia v. Editorial Atlantida S.A.", (Fallos, 306-1892 de fecha 11 de diciembre de 1984) expresamente tiene dicho “que si las intromisiones han sido fomentadas por aquél que luego procede a quejarse, necesariamente la tutela será más flexible”.

Dejando a salvo las consideraciones vertidas por el Alto Tribunal a mi juicio considero que Whatsapp no es una red social sino un sistema de mensajería que le permitió a la querellante remitir un video exclusivamente a personas de su confianza, que pertenecían a su círculo social más cercano, en momentos de hallarse en una situación de máxima intimidad, en el extranjero. Sin embargo, alguna de esas personas rompió la confidencialidad implícita que conlleva lo compartido en el ámbito de una amistad íntima y a partir de allí se difundió el material del ámbito privado, lo que merece un absoluto reproche ético para quienes intervinieron en otorgarle publicidad, sin consentimiento ni conocimiento de la parte querellante, vulnerando así su derecho al honor y a la intimidad personal, familiar y a su propia imagen, provocando un daño moral grave, en lugar de haber primado un obrar con perspectiva de género y respetuoso de los derechos humanos.

Por ello, a partir del análisis propiciado, conforme el alcance y lineamientos establecidos por la Excma. CSJN en su fallo, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el querellado.

Por todo ello, VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIONES por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. ADRIANA KARINA LUCERO ALFONSO, JORGE EDUARDO SABAÍNI ZAPATA y JOSÉ GUILLERMO L'HUILLIER comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN**.

A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE dijo: Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde: I) HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa del querellado Diego Mariano Masci. II) CASAR la Sentencia Definitiva de fecha 13/08/2020 (actuación N° 14485924), dictada por el Juzgado de Sentencia en lo Penal, Correccional y Contravencional de la Primera Circunscripción Judicial y en consecuencia ABSOLVER al ciudadano

DIEGO MARIANO MASCI, DNI N° 22.438.571, del delito de violación de intimidad por la publicación indebida de una comunicación electrónica (art. 155 del C.P.) en perjuicio de la Sra. María Natalia Spinuzza. Líbrense oficios al R.N.R. y a División Antecedentes Policiales de la Policía de la Provincia, a sus efectos. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. ADRIANA KARINA LUCERO ALFONSO, JORGE EDUARDO SABAÍNI ZAPATA y JOSÉ GUILLERMO L'HUILLIER comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN**.

A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE dijo: Atento el éxito del recurso, sin costas. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. ADRIANA KARINA LUCERO ALFONSO, JORGE EDUARDO SABAÍNI ZAPATA y JOSÉ GUILLERMO L'HUILLIER comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN**.

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Señores Ministros, la sentencia que va a continuación.

San Luis, uno de noviembre de dos mil veintitrés.

Y VISTOS: En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del querellado Diego Mariano Masci.

II) Casar la Sentencia Definitiva de fecha 13/08/2020 (actuación N° 14485924), dictada por el Juzgado de Sentencia en lo Penal, Correccional y Contravencional de la Primera Circunscripción Judicial y en consecuencia ABSOLVER al ciudadano DIEGO MARIANO MASCI, DNI N° 22.438.571, del delito de violación de intimidad por la publicación indebida de una comunicación electrónica (art. 155 del C.P.) en perjuicio de la Sra. María Natalia Spinuzza.

III) Líbrense oficios al R.N.R. y a División Antecedentes Policiales de la Policía de la Provincia, a los efectos de la toma de razón de la absolución dispuesta en el punto anterior.

IV) Sin costas.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia Dres. EDUARDO SEGUNDO ALLENDE, JOSÉ GUILLERMO L'HUILLIER, ADRIANA KARINA LUCERO ALFONSO y JORGE EDUARDO SABAÍNI ZAPATA en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis. No firman los Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y CECILIA CHADA por encontrarse apartados.