

caciones e intimaciones que correspondan, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Firmado: *Gustavo Hornos, Ana María Capoluppo de Durañona y Vedia y Amelia Berraz de Vidal*—Jueces de Cámara— Sala 4ta. de la Cámara Nacional de Casación Penal.

## NOTA A FALLO

### PROTECCIÓN PENAL DEL CONTENIDO DEL E-MAIL LA REPRESIÓN CRIMINAL ANTE SU VIOLACIÓN Y PUBLICACIÓN EN LA PRENSA

Por **Gustavo Romano Duffau**

#### Introducción al tema

Hablar hoy día de *e-mail* no resulta tan lejano, cuando desde hace tiempo nos viene abrumando una terminología que pretende incorporarse como cotidiana y que trae consigo vocablos como PC, disco duro, CPU, *zip*, *e-commerce*, internet, utilitario, DOS, *windows*, *word*, *outlook*, entre muchísimos otros.

Pero trasladar ello, además, a la esfera del derecho, del ámbito penal y de la protección que dicha rama debe brindar al contenido de las “cartas” enviadas por vía de *e-mail* nos obliga a conocer algo de informática y otro tanto de Derecho Penal.

Para ello cabe recordar que el *e-mail* es la forma de enviar no sólo textos, sino también documentos, imágenes, sonido y otras derivaciones por medio de internet, utilizando un servidor de correo electrónico. Es decir, la posibilidad no sólo responde a textos, sino también a todo aquello que pueda acompañar al texto. Quedaba por verificar, entonces, cuál era la protección que desde el ámbito del Derecho Penal podía otorgarse a aquello enviado, sea cual fuere su entidad.

Finalmente, y para tratar de reflejar la totalidad de lo debatido en el fallo a comentar, existía una segunda represión que era la relacionada con la publicación periodística del contenido de una carta enviada por *e-mail*.

#### Protección penal. Legislación. Adecuación típica

En ambos aspectos, la protección penal del secreto revela una evolución jurídica que alcanza la esfera de los derechos más íntimos que forman parte del bien jurídico libertad.

El decreto de la Asamblea constituyente francesa del 14 de agosto de 1790 declaró “*inviolable, bajo ningún pretexto, el secreto de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos*”. La disposición pasó textualmente a los códigos revolucionarios.

En nuestra República Argentina, la amplitud de la protección del secreto de la correspondencia epistolar y los papeles privados está respaldada por la Constitución Nacional, cuyo artículo 18 declara:

*“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los*

*papeles privados y una ley determinará en qué casos y con qué justificativo podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.*

En el ordenamiento legal argentino, el capítulo 3ro. –Violación de Secretos– del Título 5to. –Delitos contra la libertad– del Libro Segundo –De los Delitos– del Código Penal estructura toda la materia sobre la base de dos tipos básicos generales: a) la intrusión en la esfera de secretos, y b) la propalación de secretos.

Por ello, por un lado, veremos las figuras descriptas en el artículo 153 del Código Penal entendidas como la **apertura, apoderamiento y supresión o desvío de correspondencia** y, por otro lado, de acuerdo con las disposiciones que fluyen del artículo 155 del mismo ordenamiento legal, la **publicación indebida de correspondencia**.

Así;

El artículo 153 del ordenamiento legal citado refiere que: *“Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare una correspondencia que no le esté dirigida.*

*Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho”.*

Tal cual podrá apreciarse de la simple lectura de la norma en cuestión, se presentan tres hipótesis de trabajo:

- 1) la **apertura de correspondencia dolosa**, determinada por el hecho de que ésta no le está dirigida al autor, lo cual hace que la misma sea indebida;
- 2) el **apoderamiento de correspondencia doloso e indebido**;
- 3) la **supresión o desvío de correspondencia**.

Las tres conductas punibles, aun diferentes en sus medios comisivos, reconocen idéntico objeto material –carta, pliego cerrado o despacho telegráfico, telefónico, papel privado o de otra naturaleza, no siendo preciso que contenga un secreto (ver *L. L. 25-912*)–.

La norma también añade, en su segundo párrafo, la **comunicación o publicación del contenido** de la correspondencia, entendidas como la acción del culpable –autor de alguno de los hechos que contiene la primera parte del artículo– que comunica a terceros o da a publicidad, valiéndose de uno de los medios comisivos ya ilustrados, el contenido de la correspondencia.

A su vez, el artículo 155 del Código Penal añade al caso que: *“El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de..., si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”.*

Aquí la acción típica no es ya tomar conocimiento del secreto o violar el derecho a él, sino que el autor ha tomado conocimiento del secreto –correspondencia– legítimamente, pero le está vedado publicarlo.

La **publicación indebida de correspondencia** consiste en dar a publicidad –hacer conocer el contenido a un número indeterminado de personas– una

correspondencia –considerada en idénticos términos que para las figuras anteriores detalladas–, no siendo necesario lograr el conocimiento real de esas personas, ya que se pena que el autor se valga de un medio de los que habitualmente producen esos efectos –conforme Soler y Núñez–, pudiendo ello causar perjuicio potencial de cualquier naturaleza.

En ese orden de ideas, la conducta del director reprochable al responsable de la revista VEINTIUNO XXI, J. L., aparecía como típica, antijurídica y culpable, a la luz de lo normado en los artículos 153 y 155 del Código Penal.

El querrellado no aparece como remitente ni destinatario de alguna de las cartas publicadas, careciendo su tenencia de justificación y no poseyendo autorización de los titulares del contenido de esas misivas para proceder a su publicación.

Siendo ello así, su responsabilidad penal aparecía ineludible, circunstancia que parecieran indicar los términos de las resoluciones reflejadas párrafos más arriba.

## Resolución inicial. Desestimación por inexistencia de delito

### Cuestionamientos

Pero cabía dejar atrás la posibilidad de rechazo de la protección penal del contenido de un *e-mail*, como de su publicación, al decir del magistrado de 1ra. instancia, cuya resolución bien podía ser cuestionada con los siguientes argumentos.

Aquél entendía que *“no se dan ninguna de las circunstancias que las figuras requieren, ya que surge de la misma presentación inicial que no ha existido acción de apoderamiento, ni supresión ni desvío, no habiéndose privado del conocimiento de la correspondencia en cuestión a sus destinatarios”*.

Ello no era así y mal puede arribarse a una conclusión tan desacertada como arbitraria.

En primer lugar, porque la resolución omite considerar una de las modalidades del tipo penal contenido en el artículo 153 del código de fondo, cual es la de *“abrir el despacho telegráfico o de otra naturaleza que no le esté dirigido”*.

Y va de suyo que dicha apertura –que se reprime– necesariamente ocurrió respecto de los *e-mails* “captados”, por cuanto está por demás probado que –vaya a saber uno sobre la base de qué técnicas utilizadas– el querrellado había tenido acceso al mentado correo electrónico privado, para lo cual necesaria e inevitablemente debió haber ingresado –apertura mediante– en los archivos que lo contienen.

Así se reconoce en el propio texto de la nota periodística *“QUEMÁ ESOS MAILS”*, al consignarse que *“sobre el cierre de esa edición, XXI tuvo acceso a una serie de mails (correo interno) de la dirección del Diario Perfil...”*

Consecuentemente, desde el momento mismo en que los *e-mails* fueron publicados por la revista que dirige el querrellado, mal puede desconocerse el ingreso y apertura de los mentados despachos, aspecto que se colige –con me-

ridiana claridad— a partir de la circunstancia incuestionable de haber ejercido la disposición de ellos.

“El delito se completa con el acto de abrir, aunque el agente no se entere del contenido de la carta, pliego o despacho” (Creus, Carlos, *Derecho Penal - Parte Especial* - tomo I, pág. 373).

Pero he aquí que la querrela no sólo trata el medio comisivo “apertura” sino también aquel que reprime la “publicación”, para concluir que quien publica, necesariamente dispone.

Lo uno —la disposición o publicación— no puede existir sin lo otro —su apoderamiento—.

Ingresamos así en la segunda modalidad descrita en el tipo penal del artículo 153 —apoderamiento—.

Dicha disposición —colofón del apoderamiento— en tanto se llevó a cabo por medio de una publicación en una revista en la que no intervienen ni tuvieron acceso ninguno de los involucrados en el correo epistolar privado, impone con certeza absoluta la intervención a espaldas de aquellos corresponsales.

Por ello, resulta absolutamente irrelevante a los fines de la figura en análisis la circunstancia argumentada por el *a-quo* en el sentido de que “no se haya privado del conocimiento de la correspondencia en cuestión a sus destinatarios”, pues la consideración del destino final de los despachos constituye una evaluación inocua y carente de sentido.

Ya a esa altura, el bien jurídico que la norma intenta tutelar —la libertad— se encuentra afectado.

Como tal, se incrimina a quien “se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado” (artículo referido, párrafo 1ro., cláusula 2da.).

*“Apoderarse equivale aquí a introducir o hacer permanecer el objeto en la propia tenencia; quedan comprendidos, por tanto, el acto de apoderamiento propio de las figuras de hurto y robo, en que el agente desapodera al legítimo tenedor para constituir su propia tenencia sobre la cosa, como el acto de quien se hace entregar el objeto por medios ardidosos o engañosos, o de quien teniendo legítimamente el objeto con una finalidad determinada (por ejemplo, entregar la carta), se queda con él, o de quien habiéndolo recibido erróneamente lo guarda para sí... Pero, en cualquiera de los casos, tiene que tratarse de un verdadero apoderamiento, es decir, de una introducción de la cosa en la esfera de tenencia del agente por un tiempo que autonomice el apoderamiento de la mera finalidad de interiorizarse del contenido de la carta o el papel”* (op. cit., pág. 376).

Va de suyo —y el espíritu de los despachos impide efectuar una consideración distinta— que las comunicaciones interceptadas contenían cuestiones privativas e internas del diario *Perfil* y que la índole de los temas tratados —reducción de costos, opiniones, sugerencias— impedía el acceso de sujetos ajenos a dicho medio, máxime cuando esas comunicaciones se efectuaron entre los di-

rectores en busca de soluciones a la crisis que –como bien lo destaca la nota– se pretendía mantener en reserva.

De lo expuesto se colige la ilegitimidad de la conducta atribuida al querellado, en tanto sólo podía tenerse acceso a esas cuestiones tan íntimas del diario mediante un proceder contrario a la voluntad de todos los interesados y, cuanto menos, a sus espaldas.

Y en esa línea de razonamiento también corresponde hablar de desvío, por cuanto mal puede considerarse que no existió tal mentado desvío si, independientemente del destino final, los *e-mails* pasaron por las manos del querellado, a la postre quien decidiera su publicación en el medio que dirige.

Pero la conducta atribuida al director de la revista de la editorial Siglo XXI no se agota en la descrita sino que, además, dicho tipo penal básico, por añadidura, queda agravado con aquél contenido en el 2do. párrafo del artículo 153 del mismo ordenamiento legal, en tanto “se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o **publicare el contenido de la carta, escrito o despacho**”.

Esta circunstancia –la publicación– no ha sido sino el medio de comisión utilizado por el querellado y, como queda dicho, aumenta el reproche de la conducta básica atribuida.

Pero amén de lo expuesto, y en la mejor de las circunstancias para el querellado, su conducta se encuentra alcanzada por la figura contenida en el artículo 155 del Código Penal que, si era del caso favorecer su situación procesal *ab initio*, desplaza la adecuación al artículo 153, analizada en los apartados precedentes.

Y este desplazamiento en modo alguno lo exime de responsabilidad a partir de su adecuación a otra figura legal –la descrita por el artículo 155 del Código Penal–.

En consecuencia, un mayor reproche corresponde efectuar, e independientemente de la forma de acceso a los despachos, en tanto la conducta del querellado encuentra también adecuación en la descripción contenida en la norma de referencia, que reprime a quien *“hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque hubiera sido dirigida a él... si el hecho causare o pudiera causar perjuicios a terceros”*.

Esta incriminación había sido pasada por alto por el *a-quo* en su resolución desestimatoria, pero no por los restantes magistrados que se ocuparon del tema en instancias superiores.

*“La correspondencia dirigida a otro por cualquier persona no sale de la esfera de reserva del remitente más que con referencia al destinatario; la eliminación de esa reserva, en una medida mayor de la pretendida por aquél, viola su libertad –aunque no contenga secretos– y eso ocurre hasta en las hipótesis en que el ataque proviene del mismo destinatario”* –que no es el caso–.

*“La acción punible es la de hacer publicar indebidamente. Publica el que pone el contenido de la correspondencia al alcance del conocimiento de un número indeterminado de personas... Dentro del concepto de hacer publicar cabe*

*tanto el que publica la correspondencia por sí mismo (por ej.: el editor de un periódico que la ha recibido), como el que la hace publicar por otro (el que entrega la carta al editor para que él la publique)”* (Creus, Carlos, op. cit., pág. 383).

Queda claro, así, una vez más, la adecuación de la conducta del querellado en tanto concurren la totalidad de elementos contenidos en la misma, a saber: posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, publicada indebidamente, que puede causar perjuicio a terceros.

También, igual de errada resulta la apreciación del *a-quo* en el sentido de que *“la preservación de la intimidad de los individuos... en forma alguna puede considerarse violada por el legal ejercicio de la libertad de prensa, la que en el presente caso se da en la persona del mencionado L., en atención a la profesión de periodista que detenta”*.

Bueno sería refrescar algunos conceptos tendientes a neutralizar la supremacía que el señor juez de grado le atribuye a la libertad de prensa por sobre otros derechos personalísimos de los sujetos.

Mucho se ha hablado al respecto y no menos se ha escrito, adoptándose una sólida postura desde la doctrina y jurisprudencia en el sentido de no reconocer a la libertad de prensa como un derecho absoluto que muchas veces se traduce en abuso, al lesionar bienes jurídicos o derechos de terceras personas.

Pero esta cuestión opinable no puede servir como argumento para desestimar *ab initio* una querrela si no se han llevado a cabo las mínimas diligencias tendientes a acreditar los extremos que se denuncian.

El temperamento adoptado por el *a-quo*, en tanto se traduce en una postura simplista, debe ser revisado a la luz de los precedentes que seguidamente se exponen.

Así, pues, se ha dicho que “no es posible elevar a la libertad de prensa a una jerarquía tal, que los demás derechos fundamentales queden sometidos a ella. Es necesario pues encontrar criterios de solución que den adecuada satisfacción a todos los derechos constitucionales en juego” (Bidart Campos, Germán J., “Los medios de comunicación social en el proceso penal, en *ED*, 158-440).

La libertad de prensa es, por cierto, uno de los derechos civiles más fundamentales en una sociedad organizada democráticamente. Pero la libertad de prensa se garantiza como un derecho de la personalidad, con el fin de asegurar el campo más amplio posible de desarrollo de la personalidad. Ahora bien, esta idea de la libertad de prensa como derecho fundamental de las personas, esto es, como instrumento apto para el desarrollo de la personalidad de cada uno, no puede constituirse en un principio al cual queden sometidos todos los demás derechos fundamentales, reconocidos también en pro de la libertad personal (ver: Zavala de González, *El derecho a la intimidad*, pág. 130).

Ello es claro a partir de las principales convenciones universales o regionales sobre derechos humanos, donde está expresamente establecido que la libertad de prensa no es absoluta.

Así, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, artículo 19, asegu-

ra la libertad de opinión y de expresión, que incluye el derecho de investigar y recibir informaciones y opiniones, como también el de difundirlas por cualquier medio de expresión, derecho que está limitado por el artículo 12, en cuanto proscribire injerencias arbitrarias en la vida privada y, en general, por el artículo 29, párrafo 2, en cuanto dispone que: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás”*.

De modo análogo, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por cualquier procedimiento de su elección, pero sujeto a responsabilidad ulterior en cuanto se afecten los derechos o reputación de los demás (artículo 13, inciso 2do., a), y bajo la limitación de que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia (artículo 11). Ninguno de los derechos reconocidos por la Convención es absoluto, sino que *“los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”* (artículo 32, inciso 2do.).

Aunque no resulte vinculante para la República Argentina, reviste interés como punto de comparación el artículo 10, inciso 1ro. de la Convención Europea de Derechos Humanos, que reconoce la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas. Sin embargo, el inciso 2do. limita este derecho: *“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”*.

Como se ve, no existen derechos absolutos; cada derecho tiene su correlato en el límite impuesto por aquel que resguarda el interés de los demás, y que no debe ser vulnerado so pena de incurrir en ilicitud, tal como acaeció en el supuesto de autos.

*“Si la prensa excede los límites que le son propios y causa, sin derecho, perjuicio a los derechos individuales o personalísimos de otro, afectando su libertad individual, su dignidad, su vida privada e intimidad, y ha desconocido la esfera personal, el derecho que tiene un hombre de pertenecerse por entero, es responsable civil o penalmente del ejercicio abusivo de su derecho”* (C. S. J. N., noviembre 19-991, “Vago, Jorge c/ Ediciones La Urraca S. A. y otros”, LL, 1992-B, pág. 367).

*“Que, no obstante, el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a la responsabilidad que el legislador puede determinar*

*a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en el sentido amplio expuesto en el considerando precedente, tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (fallos, 119:231; 155:57; 167:121; 269:189, considerando 4; 269.195, considerando 5). La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (artículos 14 y 33, Constitución Nacional)” (C .S. J. N., mayo 15-1986, “Campillay, Julio c/ La Razon y otros”).*

A este respecto, la Corte, en “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A.” (fallos 306:1892, LL, 1985-B, 120), sostuvo que el derecho de prensa radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin el previo contralor de la autoridad, pero no de la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos y causar daños por culpa o negligencia.

Quizá estas argumentaciones sirvan para conocer no sólo el porqué de la protección penal del contenido del *e-mail* y su privacidad –no publicación–, sino también por qué aparecía desacertado el criterio esbozado por el Juez de 1ra. instancia que se inclinaba por la desestimación de la acción penal, decisorio que resultó luego revocado por las Cámaras del Crimen y de Casación Penal.

## Conclusión

No será éste el único fallo que la materia “internet” y sus componentes nos ofrezcan en los años venideros pero, al margen de que habrá algunas normas que deberán *aggiornarse* a los nuevos tiempos, aquéllas ya existentes tendrán que ser evaluadas a la luz de estos nuevos elementos del mundo moderno para verificar si, ya al momento de dictarse, las conductas con ingredientes contemporáneos también se encuentran comprendidas en el marco del Derecho Penal.

No obstante ello, en los tiempos que corren, cuando el *e-mail* comienza a ser una herramienta de utilidad diaria para el mundo entero, que encuentra mayor facilidad de intercambio epistolar a través de este medio técnico, la protección de su contenido así como de sus adjuntos en el ámbito del Derecho Penal ofrece una posibilidad cierta de reprimir su violación por parte de terceros ajenos.