

Comentarios Monográficos

A PROPÓSITO DEL CASO KIMEL VS. ARGENTINA. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿PIEDRA ANGULAR DE LA DEMOCRACIA?

Asdrúbal Aguiar*

Resumen: *En su sentencia del Caso Kimel vs. Argentina la Corte Interamericana de DD.HH, luego de reiterar sus dicta sobre la libertad de expresión como piedra angular de la democracia y de repetir que su ejercicio no admite censura previa sino responsabilidades ulteriores, ésta vez, en contra de la doctrina de la Comisión, sostiene que la responsabilidad penal no es de suyo incompatible con el artículo 13 del Pacto de San José ni con el carácter de necesarias que éste predica para la definición de las responsabilidades señaladas. A partir de la cuestión bajo litigio – la protección del honor de los jueces – señala, a todo evento, su carácter excepcional; pero modula la doctrina universal de la Real Malicia y manda la realización preliminar por el juzgador de un balance o test antes de decidir sobre la oposición entre la libertad de expresión y protección de la honra, fundándose en la idea de la proporcionalidad de la afectación de uno y otro derechos. Los votos de los Jueces García Sayán y García Ramírez dan cuenta de dos aproximaciones distintas, que hubo de sortear la Corte para su pronunciamiento unánime.*

“En los delitos de opinión naufraga la libertad y prospera la tiranía”
Sergio García Ramírez, Ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

I. PRELIMINAR

1. Desde su Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el efecto de las reservas a la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos¹ y en su sentencia contenciosa sobre reparaciones en el Caso *Aloeboetoe v. Suriname*², 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 cierne³ o expresión de la organización política de la sociedad: “instituciones democráticas”, “democracia representati-

* Doctor en Derecho. Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor Visitante de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Titular Extraordinario de la Universidad del Salvador.

1 Corte IDH. **El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982.** Serie A N° 2, párrafo 29.

2 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15, párrafo 24.

3 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, Voto razonado del Juez D. García Sayán, párrafo 7.

va”, “sociedades democráticas” – sea para la realización de los fines de la misma Convención como lo indica su Preámbulo, sea para la adecuada interpretación de los derechos humanos que ella consagra y como lo pide su artículo 29.c, sea 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 artículo 32 *ejusdem*, en su inciso 2.

2. No por azar, en su voto concurrente al Caso *Castillo Petruzzi v. Perú*, sentenciado en 1999, el Juez Vicente de Roux Rengifo sostuvo, con criterio preciso y luego de una descripción de las normas o remisiones que a la democracia realiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “[e]l tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría, ..., que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana...”.⁴ No cabría, pues, sentenciar la responsabilidad internacional de un Estado parte por violar tal o cual derecho humano, sin la revisión previa de su statu quo como país democrático.

3. A la luz de lo anterior 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; no habiendo escatimado remisiones, para tal fin, al contenido de la Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001. En nuestra obra sobre *El derecho a la democracia*, junto a su parte dogmática o doctrinal, incorporamos una amplia sistematización de los dicta respectivos desde el nacimiento de la Corte hasta su fallo de 10 julio de 2007 en el Caso *Cantoral Huamaní v. Perú* -que debate la libertad de asociación en una sociedad democrática- y en la que damos amplia cuenta del *statu quo* jurisprudencial de la libertad de expresión como “piedra angular de la democracia”.⁵ Desde entonces hasta la reciente publicación del fallo cuyo estudio motiva las presentes apuntaciones, no se había dado variación sustantiva alguna en la doctrina de la Corte sobre la materia, que apenas reitera en el significado de la ley en la democracia: como aquella sancionada por órganos legislativos democráticamente electos⁶; acerca de la relación en la democracia entre medios y fines legítimos y el acceso a la justicia como “piedra de toque” de la relación crítica entre el poder público y el ciudadano⁷; en cuanto a las reglas de la legalidad penal democrática⁸; a propósito de las restricciones necesarias, proporcionales del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en una democracia⁹; en torno al carácter inválido en una democracia de las prohibiciones de impugnar los efectos de la aplicación o interpretación de una norma jurídica,

4 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, Voto concurrente del Juez V. de Roux Rengifo.

5 Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia*. Colección Estudios Jurídicos, N° 87. Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia. Caracas, 2008.

6 Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párrafo 56.

7 *Ibidem*, Voto razonado del Juez García Ramírez, párrafos 2, 14 y 19.

8 Corte IDH. Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C N° 171, párrafo 135.

9 Corte IDH. Caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párrafo 127.

por violar el derecho de acceso a la justicia¹⁰; y, finalmente, en orden a la consideración como torturas de los tratos inhumanos y degradantes, para enfrentar las infracciones a los valores de la democracia¹¹.

4. La Opinión Consultiva OC-5/85, en todo caso, es la primera manifestación jurisprudencial de la Corte donde se abordan a profundidad las normas sobre los límites que la democracia impone al ejercicio de los derechos humanos, una vez como explica y desarrolla los conceptos de necesidad o necesidad: necesidad social imperiosa, legalidad y legitimidad de fines, justas exigencias, bien común, y orden e interés público en una democracia; para determinar luego, con base a ellos, los odres y el contenido *in extensu* de la libertad de pensamiento y expresión, consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana. Y la razón de tal metodología o escrutinio conceptual no sólo se explica en lo ya dicho por el Juez de Roux Rengifo, sino en una conclusión de fondo a la que llega la Corte con arraigado sentido teleológico: “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.”¹² 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 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, [según la Corte] 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”.¹³

5. Acerca de esta materia ha vuelto la Corte de San José repetidas veces y en fallos emblemáticos¹⁴, 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 artículo 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 al tenor de los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana. Nada menos.

10 Corte IDH. 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 de 30 de Noviembre de 2007 Serie C N° 174, párrafo 15.

11 *Ibidem*, Voto disidente del Juez Cancado Trindade, párrafo 37.

12 Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985**. Serie A N° 5, párrafo 69.

13 *Loc.cit.*, párrafo 70.

14 Corte IDH. **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 de agosto de 1986**. Serie A N° 7; Corte IDH. Caso *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73; Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74; Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107; Corte IDH. Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135; Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151.

6. No obstante lo anterior, encontrándose pendiente su sentencia sobre el Caso *Globovisión v. Venezuela*, en su más reciente fallo sobre el Caso *Kimel v. Argentina*, dictado el 5 de mayo de 2008¹⁵, 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 o mejor retrasa el avance que por justa exigencia de la propia democracia plantea la tesis de la “despenalización” de la calumnia e 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 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. En esta línea de argumentación se inscribe no solo la sentencia de marras, sino, en lo particular y de un modo militante, la argumentación justificativa que del fallo, en sus aspectos doctrinales, hace en su voto razonado el Juez García-Sayán¹⁶. En tanto que, comprendiendo la complejidad coyuntural del tema como la inoportunidad o impertinencia del debate planteado por la Corte a la luz de los hechos que dieron lugar a la demanda, el Juez y ex Presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, hace presente y sostiene, sin perjuicio de su “sentido evolutivo”, lo que han sido máximas de la jurisprudencia de la Corte desde sus tiempos inaugurales y que ella ha consolidado, según sus propias palabras, “con firmeza y constancia”. Ello, con una finalidad que reposa en la singladura democrática de la Convención Americana: la prevención y sanción de los ilícitos “con los medios justos” y con “racionalidad” y con vistas a la tesis que hace suya García Ramírez: “Democracia no implica tolerancia o lenidad frente a conductas ilícitas, [pero] la desmesura penal contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía”.¹⁷

II. ANTECEDENTES DEL CASO Y PETITORIOS

7. El Caso *Kimel* se origina en la sentencia de 17 de marzo de 1999, que dicta la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires “siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Suprema” de Justicia de la Nación, en cuyo texto se decide que “las expresiones vertidas por el periodista [Kimel] dirigidas al querellante, resultan ser de contenido calumnioso”; confirmando así, parcialmente y sin que la Corte Suprema admitiese los recursos extraordinario y de queja ejercidos ante ella, la sentencia de primera instancia que condenó al imputado “a la pena de prisión de un año, en suspenso, así como al pago de \$ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos) en concepto de indemnización por reparación del daño causado, más costas”. Eduardo Kimel era el autor del libro *La Masacre de San Patricio*, editado en 1995, en el que narra y analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, y en cuyo texto afirma, acerca de la decisión judicial adoptada en el asunto el 7 de octubre de 1977 y refiriéndose al juez que fuera su querellante, lo siguiente:

“realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los

15 Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N° 177.

16 *Ib.*, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, *in extensu*.

17 *Ibíd.*, Voto del juez Sergio García Ramírez, párrafos 2, 10, 13, 16, 17, 19.

palotinos, el [J]uez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.¹⁸

8. El 19 de abril de 2007, luego de haberse agotado el procedimiento en su instancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó a la República Argentina por violación, entre otros, de los artículos 13 (Libertad de pensamiento y expresión) y 9 (Principio de legalidad) de la Convención Americana, allanándose el Estado en su contestación de la demanda hecha el 24 de agosto siguiente y admitiendo que “puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, la aplicación de una sanción penal al señor Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹⁹

9. Las cuestiones sustantivas y de Derecho que hubo de resolver la Corte *in limine litis* y antes de declarar la responsabilidad internacional del Estado argentino, con base en los petitorios y argumentaciones de la Comisión y de los representantes de la víctima, entre otros fueron los siguientes: “que el proceso penal... necesariamente inhibe la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate público”, y que, asimismo, “mantener vigentes disposiciones [como las que tipifican los delitos de calumnia e injurias] que restringen irrazonablemente la libre circulación de opiniones sobre la actuación de las autoridades públicas”, contraría el artículo 13 de la Convención. Los representantes de la víctima, en lo particular, arguyeron ante la Corte que los tipos penales indicados y aplicados a ésta por la Justicia argentina son “susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política”.²⁰

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE Y SU RIESGOSA CORRECCIÓN

10. A la luz de lo anterior, la Corte, antes de resolver sobre el fondo de lo planteado en el Caso *Kimel* y al reiterar en sus líneas más gruesas la doctrina jurisprudencial sobre el artículo convencional *in comento*, menciona los distintos principios que se deducen del contenido o que hacen relación con el núcleo pétreo de la libertad de pensamiento y expresión, a saber: (1) *Bidimensionalidad* del respectivo derecho, en tanto y en cuanto consagra, por una parte, el derecho individual de cada persona “de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones” y el derecho de todas las personas de “recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás”; (2) *Excepcionalidad y necesidad* de sus restricciones; (3) *Prohibición de la censura* previa, directa e indirecta; y (4) *Responsabilidades ulteriores* (la llamada Doctrina de Blackstone²¹), a cuyo efecto media con carácter absoluto la prohibición de la censura previa (OC-5/85, párrafo 38 y C73/2001, párrafo 70) y adquiere carácter relativo –léase no es un derecho absoluto– la libertad en cuestión, al reclamarse de aquéllas para los supuestos de su ejercicio indebido.

11. No considero necesario, sin embargo, repetir *in extensu* su jurisprudencia amplia e ir más allá de una que otra cita ajustada y seleccionada convenientemente: dado el giro juris-

18 Párrafo 42.

19 Párrafo 18.

20 Párrafos 37 y 38.

21 *Vid.* Aguiar, *op.cit.*, páginas 70, 422 y 425; asimismo, de nuestra misma autoría, *La libertad de expresión: de Cádiz a Chapultepec*, Sociedad Interamericana de Prensa/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, páginas 128 y ss.

prudencial que propone con el Caso *Kimel*, en cuanto a lo siguiente: (1) El carácter indivisible de la expresión y de la información, a cuyo efecto la restricción indebida de una implicaría a la otra y viceversa (Caso *Palamara*, párrafo 72); (2) El derecho de acceso a la información y su atadura al principio de máxima divulgación por el Estado (Caso *Claude Reyes*, párrafos 76, 77 y 92); (3) La impertinencia del criterio de veracidad informativa, como intento justificativo de la censura por el Estado (OC-5/85, párrafo 77); (4) El fin legítimo de las restricciones y su disposición mediante ley formal y material (OC-6/86, párr. 18); (5) La pluralidad de medios y prohibición de los monopolios (OC-5, párrafos 34 y 56); (6) Las leyes de desacato, innecesarias en una democracia (Caso *Palamara*, párr. 88); (7) El derecho de rectificación y respuesta (OC-7/87, párrafos 23, 27 y 33); (8) El carácter crucial de la libertad de expresión en democracia, y la protección mayor de las opiniones e informaciones que afectan a los funcionarios públicos (Caso *Canese*, párrafos 90 y 102).

12. La Corte de San José, eso sí, para completar su cuadro jurisprudencial y, según lo ya dicho, para modular sus *dicta* anteriores –sin modificarlos textualmente– realiza por vez primera un ejercicio de fondo acerca de la oposición entre la libertad de pensamiento y expresión, consagrada en el tantas veces mencionado artículo 13 de la Convención y en los supuestos en que ella incide sobre “temas de interés público”, por una parte, y por la otra, la protección del derecho a la honra y a la dignidad personales, prevista en el artículo 11 *ejusdem*, en lo particular, la que corresponde a quienes administran Justicia dentro del Estado.

13. Luego de consagrar, con vistas a lo anterior, un *método de balance* para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, fundándolo en la idea de la “estricta proporcionalidad”²² y a la luz de los límites que al ejercicio abusivo de la libertad de expresión fija el artículo 13 de la Convención: vg. “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, la Corte, “dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social”²³, se pronuncia a favor de la intervención normativa del Estado en el ámbito de dicha libertad; aun cuando prevenga sobre la exigencia de “minimizar las restricciones” a la misma. Y lo hace bajo el presupuesto de un emergente “poder de los medios” y del deber del Estado de “equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público” bajo el criterio de la “equidad” informativa. De modo que, a juicio de la Corte y en una lectura contextual de su *dictum*, a éste le cabe “asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas” con vistas a un subproducto: “el pluralismo informativo”, según los términos que a la expresión le atribuye la OC-5/85 citada *supra*, es decir, “la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar”.²⁴

14. A la luz de lo señalado, caben, por lo pronto, dos observaciones. Una sobre el método de balance y otra acerca de la intervención normativa del Estado en el ámbito de la libertad de expresión, para asegurar su ejercicio.

15. En cuanto a lo primero cabe apreciar que la tesis de la Corte rechaza de plano y en lo sucesivo la definición previa de jerarquías –derechos fundamentales vs. los que no son tales– o categorías de derechos –como los civiles por sobre los económicos– suponiendo que todos juegan a la vez y en igual plano, y pueden preferirse uno a otros según “el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e inten-

22 Párrafo 56.

23 Párrafo 57.

24 OC-5/85, cit., párrafo 34.

sidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”.²⁵ Hace de lado, por consiguiente, el *balancing test* hasta ahora dominante y que a la luz de algunos criterios previos admitidos por la jurisprudencia –como la preferencia de la libertad de expresión por sobre el derecho al honor cuando median temas de “interés público”²⁶– propone en determinadas hipótesis la preferencia indistinta y no atada de un derecho por sobre otro; y le da paso, en lo sucesivo, a un balance “no cerrado”, que mejor se parece a la tesis de la protección armónica de derechos que esboza cierta doctrina argentina y en los términos siguientes: “[E]stando en juego derechos fundamentales, en caso de aparente conflicto los jueces deben decidir cómo armonizar y compatibilizar correcta y concretamente los dos derechos en pugna, cuidando que ninguno sea aniquilado por el otro y buscando en cada entuerto la mejor solución posible, ya que no pueden decidir cuál derecho priorizar y cuál sacrificar”.²⁷ En suma, habría de resolverse la aparente colisión mirando a cada derecho desde adentro, en su llamado “núcleo pétreo” y con vistas a la *razonabilidad* de su ejercicio; criterio éste que, como lo indica la misma doctrina, “incluye múltiples baremos de control..., entre ellos la proporcionalidad entre medios y fines y el respeto al contenido esencial” de cada derecho.²⁸

16. En lo relativo a la intervención normativa garantista del Estado acerca de la libertad de expresión, una sana y descontextualizada interpretación de lo dicho por el Tribunal de San José, por vía preliminar y en el Caso que nos ocupa, postularía, sin mengua del indicado principio de las “mínimas restricciones”, más la idea de una legislación regulatoria de la competencia entre medios de comunicación para favorecer la diversidad de los canales informativos y proscribir las prácticas monopólicas, que de una legislación para incidir con ella –bajo el reclamo de pluralidad de un medio o de los medios en particular- sobreel control de los contenidos informativos y de la actividad periodística en general.

17. A todo evento, cabe considerar, tanto en cuanto al *balancing test* entre derechos opuestos y sus consecuencias como a la eventual regulación normativa de la libertad de expresión sugerida por la Corte Interamericana en el Caso *Kimel*, algo que suponemos entenderá ésta y que bien pudo, por indispensable, resolver de manera más amplia y cuidadosa en su resolución doctrinaria sobre la materia. Se trata, en concreto, del sentido y alcances o límites que envuelve todo juicio de proporcionalidad en materia de derechos humanos: sea para preferir derechos, sea para determinar las consecuencias jurídicas de su violación. *Mutatis mutandi*, con apego a la doctrina internacional reconocida, el juicio de proporcionalidad, uno de cuyos cánones es “el llamado juicio de adecuación (correspondencia entre el medio articulado y el fin perseguido)”, de suyo deja ser útil o justiciable, es más que obvio, cuando se desplaza hacia lo irrazonable; pero también, y esto es lo que más importa, el denominado juicio de proporcionalidad “en sentido estricto”, que atiende, frente a derechos en colisión, a la ponderación “entre el bien sacrificado y el bien que justificaría el sacrificio”, mal puede sustituir o “hacer las veces del control a la luz del contenido esencial” de cada derecho; que como bien lo dice la misma Corte, aquí sí, representa el límite de todo balance de proporcionalidad.²⁹

25 Párrafo 51.

26 Vid. Caso *Canese*, cit., párrafo 103.

27 Fernando M. Toller, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 420.

28 *Ibidem*, pp. 421 y 422.

29 Párrafos 58 y 84.

18. Pero cabe añadir, como lo creemos, que a menos que el contenido esencial del respectivo derecho haya sido confiado para su delimitación o la determinación de sus límites a la actividad legislativa, ni ésta ni el juez pueden ir más allá del núcleo pético que a uno u otro derecho le fija de antemano y de modo vinculante la Convención Americana y en conformidad a ésta la Constitución de cada Estado. No huelga recordar, por ende y por cuanto no lo dice de modo expreso la sentencia *in comento* –que apenas se contenta con reiterar que la “importante satisfacción del derecho a la reputación [cabe] sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos”³⁰– que si bien el legislador cuenta con un grado de autonomía política decisoria, y el juez, por su parte, con autonomía jurisdiccional incluso para hacer desarrollar al Derecho, ni uno ni otro puede, mediante un test de balance proporcional, olvidar que “el contenido esencial del derecho [humano que intente preferir o postergar] viene identificado *per relacionen* a la institución en la que aquél se realiza: el derecho se quiebra [en suma] si la institución se desfigura”.³¹ De donde cabe una conclusión que pudo haber sido, como lo fuera antes, más expresa y exigente en la resolución jurisprudencial del Caso *Kimel*. Ella es, que la libertad de expresión hace inútil e impertinente el juicio de proporcionalidad cuando se ejerce como parte evidente del desempeño democrático dentro de un Estado; visto que la democracia no solo es odre necesario para la garantía y el ejercicio de los demás derechos, sino también requisito para la hermenéutica convencional y para la determinación de los límites que caben a los derechos consagrados por la propia Convención Americana.³²

IV. LA LEGALIDAD DE LAS RESPONSABILIDADES ULTERIORES

19. En su argumentación sobre el Caso *Kimel* la Comisión destaca lo que, a todas luces, es una máxima producto de su experiencia como órgano de tutela de la Convención Americana: la utilización de “los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”, en otras palabras, la sanción a través de los tipos criminales de la calumnia, la difamación, o las injurias, del llamado “desacato” o cuestionamiento de las autoridades del Estado.

20. Al resolver al respecto, la Corte repite su jurisprudencia constante en cuanto a que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información” (OC-5/85, párrafo 40 y Caso *Claude Reyes*, párrafo 89), recordando que ha de tratarse de una ley tanto en sentido formal como material. No obstante, aun cuando hace presente que en el ámbito penal las exigencias son al respecto más gravosas, por requerirse en cuanto a los delitos el cumplimiento de los extremos característicos de la “tipificación penal” para satisfacer el principio de legalidad –léase de “seguridad jurídica al ciudadano”– previsto en el artículo 9 de la Convención Americana, cabe tener como buena y en cuanto hace a las responsabilidades ulteriores por ejercicio indebido de la libertad de expresión, su *dictum* en cuanto a que los supuestos “debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa”.³³ No por azar el propio artículo 13 convencional señala que las susodichas responsabilidades ulteriores “deben estar *expresamente* fijadas por la ley” (Cursivas nuestras).

30 Párrafo 84.

31 *Vid. in extensu*, a Javier Jiménez Campos, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 74 y ss.

32 Preámbulo, artículos 29 inciso “c” y 32, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

33 Párrafo 63.

21. En cuanto al asunto en *litis*, entonces, la Corte declaró la contravención por el Estado argentino del artículo 9 y 13, inciso 1 citados, haciendo suyos los términos del allanamiento dado por éste: “[L]a falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar [las] medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”,³⁴ cuyo texto dice sobre el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en ésta.

V. EL HONOR DE LOS JUECES Y LA RUPTURA CON EL MÉTODO DE BALANCE CERRADO

22. La Corte considera el asunto del honor de los jueces a la luz de dos planteamientos, sino distintos sí complementarios de la Comisión y de los representantes de las víctimas. Ésta, conforme a la jurisprudencia de derechos humanos establecida, hace presente que los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas y que el control de la opinión pública fomenta la transparencia y la responsabilidad funcional: principios que, por cierto, son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, a tenor de cuanto dispone el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana.³⁵ Pero ajusta, además, que “quienes trabajan en la administración de Justicia” no quedan sustraídos a dichas exigencias. Éstos, los representantes por su parte, quizá prevenidos ante las leyes de desacato y la cobertura que ellas han dado a los funcionarios públicos frente a determinadas críticas de la prensa, prefieren precisar ante la Corte que el Poder Judicial no ha de recibir un trato distintivo dentro de la Convención, pues ésta sólo se refiere al Estado *in totus*, y que, asimismo, la “reputación de los jueces” no es distinta ni preferente a la “reputación de los demás”.

23. La conclusión de la Corte no se hizo esperar. Al reafirmar cuanto dice textualmente el artículo 13 de la Convención, es decir, que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio indebido de la libertad de expresión caben “para asegurar: ...la reputación de los demás”, y al reparar –sin decirlo– en su decidido anterior del Caso *Canese*: “el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas ... [debe] ser jurídicamente protegido”,³⁶ sentencia al romper que para “la protección de la honra y reputación de toda persona” –léase, de todo individuo, sea o no funcionario público– “el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”.

24. De modo que, la precisión jurisprudencial anterior, pone de lado y en mucho la interpretación auténtica que del artículo 13 de la Convención Americana había hecho la Comisión Interamericana en su *Declaración de Principios*, a cuyo tenor “[l]a protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles” y “las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos... atentan contra la libertad de expresión”.³⁷ Tales principios, cabe observarlo, fueron esgrimidos ante la Corte por la Comisión en sus alegatos del Caso comentado, luego de lo cual ésta añade que la consecuencia jurídica de

34 Párrafo 66.

35 Caso *Yatama*, *cit.*, Voto concurrente, párr. 17.

36 *Cit. supra*, párrafo 100.

37 *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones del 2 al 20 de octubre de 2000, numerales 10 y 11.

una ofensa a funcionario o persona pública ha de establecerse en leyes que aseguren a favor de éstos “el derecho de rectificación y respuesta”³⁸; aspecto éste, el último, sobre el cual no se pronuncia la Corte pero sí lo hace el Juez García Ramírez en su voto separado: “En el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público: la información errónea o sesgada se combate con información fidedigna y objetiva, y la opinión infundada o maliciosa, con opinión fundada y suficiente... Esos son los extremos naturales de un debate que difícilmente se zanjará en las oficinas de la policía, en los estrados de los tribunales o tras las rejas de las prisiones”³⁹.

25. La Corte aborda el asunto de marras y vuelve sobre el tema de las responsabilidades penales, sin embargo, al pronunciarse acerca de la “necesidad de la medida [penal] utilizada” por el Estado argentino en contra de la víctima, y acerca de lo cual, los representantes de ésta avanzan todavía más para proponer la inconveniencia de las responsabilidades civiles⁴⁰: toda vez que igualmente tendrían “un fuerte efecto inhibitor, en particular para las personas que desempeñan la función de periodista” dados “los relativamente exigüos salarios que se abonan en los medios de prensa”. La consecuencia de la sanción sería, según éstos, el colapso económico del afectado. Para decidir al respecto vuelve el Tribunal, ahora sí y a profundidad, sobre el llamado por nosotros –con apoyo en la doctrina mencionada– método de balance “no cerrado” a objeto de aplicarlo al caso *sub iudice*, y abjura, qué duda cabe, del método de balance “cerrado” implícito en su jurisprudencia anterior, inspirada en la jurisprudencia europea de la época: “[T]ratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, *se debe aplicar un umbral diferente de protección*, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conlleven las actividades o actuaciones de una persona determinada”, reza el correspondiente párrafo del Caso *Canese*, sentenciado en 2004 (Cursivas nuestras).⁴¹

26. El giro jurisprudencial de la Corte de San José, como ella lo declara y justifica, pretende ser congruente a “los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna”. De consiguiente, por una parte, hace propia la sentencia dictada por la Corte Europea en el Caso *Cumpana y Mazare v. Rumanía* (2004), que admite “la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa” y la declara compatible con la libertad de expresión –pero previendo que ello ha lugar “sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia”– y por la otra, al acoger el método de “armonización” –como lo llama sin perjuicio de darle más su sesgo como balance no cerrado– predica lo indispensable de una “razonable conciliación de la exigencias de tutela [de la libertad de expresión]... y de la honra...”, según los términos del Caso *Mamere v. Francia* (2006): “[S]i bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos”.⁴²

38 Párrafo 72.

39 Voto del Juez García Ramírez, *cit.*, párrafos 26 y 27.

40 Párrafo 73.

41 Párrafos 102 y 103, y la remisión del primero a los Casos *Dichand y otros como Lingens v. Austria*, dictados por la Corte Europea de Derechos Humanos.

42 Párrafo 78 y su nota de pie de página.

VI. PRINCIPIOS PARA LA RESOLUCIÓN ENTRE ALTERNATIVAS SOBRE RESPONSABILIDADES ULTERIORES

27. Lo primero que precisa la jurisprudencia del Caso *Kimel* es que corresponde al Estado el “papel medular”⁴³ de armonización de derechos en oposición, en una tarea hermenéutica –como la entendemos pero no la explica el fallo– que a la vez que resuelva la colisión planteada –libertad de expresión vs. el derecho al honor– determine la pertinencia de las responsabilidades ulteriores sea penales, sea civiles, o de otra naturaleza.

28. Así las cosas, luego de repetir, paradójicamente, su antigua enseñanza en los Casos *Canese* y *Palamara*: “el Derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”⁴⁴, y aparte de insistir que en una democracia la intervención penal ha de ser mínima, fija como reglas precisas para la determinación de las “responsabilidades ulteriores” de carácter penal a que se contrae el artículo 13, inciso 2 de la Convención, las siguientes: (1) La necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales, (2) la presencia de graves lesiones a tales bienes, (3) la gravedad extrema de la conducta desplegada por el emisor de una expresión indebida, (4) el dolo del comportamiento, (5) la relación de causalidad entre el comportamiento del emisor y la magnitud del daño inferido, y (6) la tipificación legal, clara y precisa, como delito, del indicado comportamiento.⁴⁵ Dentro de tales extremos, en suma, “la Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”⁴⁶ que afecten el honor y la reputación de cualquier persona, así se trate de un funcionario público.

29. El Juez García-Sayán no escatima palabras para su respaldo a lo así decidido. “La Corte advierte la necesidad de proteger los derechos humanos de quien “enfrenta el poder de los medios...en las sociedades en las que en ocasiones los derechos del individuo se ven afectados por el poder fáctico de medios de comunicación en un contexto de asimetría...[E]n una sociedad democrática se pueden emplear los caminos que la administración de justicia ofrece –incluidas las responsabilidades penales– dentro del adecuado marco de proporcionalidad y razonabilidad... [L]os personajes públicos, o de relevancia pública...deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre... No obstante, ... el distinto umbral de protección no es sinónimo de ausencia de límites para quien comunica por un medio masivo, ni la carencia de derechos para dichos personajes públicos”.⁴⁷

30. No precisa la Corte, que bien pudo hacerlo dada la exégesis renovada que se plantea en cuanto al citado artículo 13 de la Convención, si tales reglas, constitutivas de su método de balance o armonización para la determinación o no de responsabilidades penales, serían idénticas de concluirse que lo pertinente o necesario, en el ámbito de una responsabilidad ulterior comprometida por ejercicio indebido de la libertad de expresión, en el plano de las sanciones civiles.

A todo evento, como lo observásemos *supra* al referirnos al tratamiento que en el fallo se le da al principio de legalidad, cuando menos cabe inferir que los supuestos de ilicitud civil, por virtud del mismo artículo 13 citado y de la jurisprudencia constante de la propia

43 Párrafo 75.

44 Párrafo 76.

45 Párrafos 77 y 78.

46 Inicio del párrafo 78.

47 Voto concurrente razonado del Juez García-Sayán, *cit.*, párrafos 10, 11, 12 y 13.

Corte, han de ser previamente establecidos e igualmente expresos y taxativos⁴⁸, así como excepcionales cuando se trata de ilícitos derivados de opiniones o informaciones relacionadas con asuntos de interés público y según el fallo *in comento*.

31. Sin embargo, al precisar y para intentar moderar los extremos que hacen posible el establecimiento de responsabilidades penales por delitos contra el honor, en lo particular el honor de los funcionarios públicos, la Corte, en línea con un predicado más que elemental y de Derecho común ajusta que “la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”.⁴⁹ Seguidamente, empero, modula la sustancia de la doctrina clásica⁵⁰ afirmada tanto por el Caso *New York Times v. Sullivan* -dada la incompatibilidad del estándar universal de la *real malicia*⁵¹ con los varios requisitos que ahora demanda el *método de balance* asumido por la Corte— como por el Caso *Lingens v. Austria* (1986) de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, que amplía los límites de la crítica al funcionario público e inclusive los extiende a “su comportamiento privado”. A tal efecto, el Tribunal de San José legisla por vía jurisprudencial acerca de la actividad periodística para hacerla compatible -según su criterio- con los términos de la Convención: “[E]xiste un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones”, a cuyo efecto habrá de conducirse con “equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información”; todo lo cual, según la Corte, concita el derecho de toda persona, receptora de información, de “recibir una versión [no] manipulada de los hechos”, lo que sólo se alcanza cuando el periodista toma “distancia crítica respecto a sus fuentes y [las] contrasta con otros datos relevantes”.⁵²

Cabe preguntarse, entonces, si ¿estas condiciones, en criterio de la Corte y dado el capítulo de la sentencia en que las encierra, acaso son las que, de conjunto y en positivo, determinan “la extrema gravedad de la conducta” periodística que harían posible una sanción penal y si, en suma, la condición del ilícito es la falta de la *due diligente* —como parece sugerirlo— o el dolo o culpa grave del periodista o emisor de la expresión?

32. En igual orden, dada la doble remisión que en el fallo del Caso *Kimel* se hace a la equidad de la información —“equidad en el flujo informativo”⁵³ por el medio de comunicación, “equidad en la confrontación de las fuentes”⁵⁴ por el periodista— y a objeto de señalar

48 OC-5/85, *cit.*, párrafo 39.

49 Párrafo 78.

50 Vid. nuestro ensayo, Asdrúbal Aguiar, “El derecho a la información veraz: sus atenuaciones y abusos en las Constituciones de España y de Venezuela”, en la obra colectiva de Francisco Fernández Segado (Coordinador), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 798 y 799, 804, 813 y 814, 826. Asimismo, Adrián Ventura, *El secreto periodístico: Garantía constitucional absoluta del derecho a la información*, Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, Septiembre de 2007, Tomo II, p. 120.

51 “...Un Estado no puede, a tenor de la Primera y la Decimocuarta Enmiendas, indemnizar a funcionarios públicos por falsedades difamatorias relacionadas con su conducta oficial a menos que demuestren que lo que se dijo fue dicho con ‘real malicia’, es decir, a sabiendas de que era falso o con indiferencia temeraria ante su falsedad... (c) Los errores de hecho, el contenido difamatorio de la reputación oficial o ambos son justificación insuficiente para limitar la libertad de expresión, a menos que se alegue y pruebe la real malicia...”. (*New York Times Co. contra Sullivan, Auto de avocación a la Corte Suprema de Alabama*, Decidido el 9 de marzo de 1964).

52 Párrafo 79.

53 Párrafo 57.

54 Párrafo 79.

que corresponde al Estado disponer de los equilibrios pertinentes, según el indicado criterio de la equidad y para asegurar la “participación de distintas informaciones en el debate público”⁵⁵, cabe observar que dicha noción –la equidad– es, jurídicamente, de contenido variable.

De donde cabe preguntar, ya que no lo explica la Corte en su sentencia de marras, por el alcance que ella le atribuiría a la misma y que se repite nominalmente, eso sí y de un modo panfletario, en todas las protestas políticas contra la globalización.

33. La equidad, como se sabe y desde la perspectiva del Derecho internacional, procede de la idea abstracta de la justicia pero apunta a lo histórico y concreto, al caso en lo particular, en una suerte de aproximación a la igualdad “sin que la implique necesariamente”.⁵⁶

De modo que, a la luz de su carácter práctico, ella podría aludir a la noción de lo razonable, pero también –y porqué no– al criterio de la igualdad material o igualmente al de la razonabilidad según la óptica ideológica comprometida del propio Estado.

Por lo mismo, si es al Estado, según el *dictum* de la Corte, a quien corresponde determinar sobre la equidad informativa, ¿acaso no optará aquél por la idea que mejor se ajuste a la visión oficial sobre la información y acerca de los “equilibrios” que mejor le convengan a ésta? ¿Cree la Corte que el Estado es capaz de resolver normativamente, por sí solo y de un modo aislado, un asunto que, según los críticos, tienen su origen en un fenómeno de orden global y de carácter tecnológico, que desborda las fronteras de la soberanía?

VII. LA PROPORCIONALIDAD, COMO MÉTODO DE BALANCE ENTRE DERECHOS EN OPOSICIÓN

34. En la parte final de sus consideraciones y pronunciamientos acerca de la violación del artículo 13 de la Convención denunciada, y para resolver su “preferencia”, en el Caso *Kimel*, por el derecho a la libertad de expresión, la Corte se explica acerca de un asunto que, teóricamente, pudo haber sido tratado de modo anterior a las reglas que inciden en la determinación del contenido de las responsabilidades ulteriores, ora penales, ora civiles.

Trátase de la fijación de las fronteras que, ante la oposición de derechos igualmente tutelables, determinan la ilicitud en el ejercicio de uno de ellos o la exclusión –aún en hipótesis de ilicitud formal– con vistas de “objetivos colectivos” preponderantes.⁵⁷

35. El método de balance no cerrado se hace otra vez presente, aquí y con mejor propiedad, con vistas a resolver la cuestión de la oposición de derechos planteada, a cuyo efecto la Corte argumenta que “en algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra”, según se cumplan o no determinados extremos, a saber *mutatis mutandi*: (1) Que la restricción de un derecho en beneficio del otro implique una “satisfacción importante” del mismo sin que se anule al primero, (2) Que el

55 Párrafo 57.

56 *Vid.* fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969), apud. Jean Salmon (Directeur), *Dictionnaire de droit International public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p. 442.

57 Párrafo 83, y en nota de pie de página v. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párrafo 93.

grado de afectación sufrido por un derecho en su oposición al otro sea o no grave, (3) Que la satisfacción aludida de un derecho en oposición a otro se “justifica”.⁵⁸

36. Dicho lo anterior, poniendo sobre la balanza la afectación que en su honor alegó el juez que acusó penalmente a la víctima del Caso *Kimel* en el fuero argentino y la alegada restricción que ésta dijo sufrir en su derecho a la libre expresión, una vez como fue sancionada penalmente, la Corte concluyó que la afectación sufrida por la víctima era “desproporcionada, por exceso” en relación con la primera.

Lo extraño del fallo interamericano en cuestión, sin embargo, es que para llegar a lo decidido deja en el camino una serie de conclusiones doctrinales que hablan a favor de su jurisprudencia constante e invariable y del método de balance “cerrado”, que no del nuevo método que a la luz de la jurisprudencia europea dice haber aplicado esta vez en la cuestión bajo su conocimiento. Así las cosas, ratifica lo siguiente⁵⁹:

- a. 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*” (Caso *Herrera Ulloa*, párrafo 98) (Cursivas nuestras);
- b. 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” (Caso *Herrera Ulloa*, párrafo 103) (Cursivas nuestras);
- c. Que “el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia... y promueve la responsabilidad de los funcionarios... De allí la *mayor tolerancia* frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático” (Casos *Ivcher Bronstein*, párrafo 155; *Herrera Ulloa*, párrafo 127; *Palamara Iribarne*, párrafo 83; *Claude Reyes*, párrafo 87) (Cursivas nuestras).

37. En consecuencia, el predicado inicial del fallo, en cuanto a que, dada una colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor de los funcionarios públicos -entre éstos los jueces- “la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad” y mediando “el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”⁶⁰, pierde toda su fuerza lógica y argumental.

La norma a deducir y a sostener, a objeto de superar la citada contradicción motiva de la sentencia sería, por consiguiente, la del recurso a un balance cerrado o mejor objetivo, es decir, ceñido a algunas premisas que son susceptibles de resolver anticipadamente la preferencia por la libertad de expresión en su inmediata colisión con el derecho al honor, tratándose de funcionarios o asuntos de interés público.

Y ese umbral preferente, condicionante del balance a realizar entre derechos en oposición, es el mismo que aplica por inferencia la Corte en el Caso *Kimel*: “El señor Kimel emitió una opinión que *no tenía relación con la vida personal* del Juez querellante *ni le imputaba*

58 Párrafo 84.

59 Párrafos 86 y 87.

60 Párrafo 51.

*una conducta ilícita*⁶¹. En otras palabras, si el ejercicio de la libertad de expresión hace relación con asuntos de interés público no implicantes de la vida personal de un funcionario y a pesar de la jurisprudencia clásica que lo permitiría, o cuando no media calumnia –imputación al funcionario de un delito– no cabe una conclusión de ilicitud en resguardo del derecho al honor del presunto afectado y de suyo no podrían sobrevenir responsabilidades ulteriores, de ningún orden. La conclusión indicada parecería ser la pertinente, dada la lectura contextual del fallo que nos ocupa y a la luz del método de balance aplicado.

38. Cabría preguntar, a todo evento y por argumento a contrario, si de darse expresiones relacionadas con la vida personal de un funcionario o que le imputan a éste hechos ilícitos, ellas bastarían para que se cumpla, sin perjuicio de las demás reglas del método de balance que ahora pide la Corte, aquella otra a cuyo tenor la satisfacción aludida de un derecho en oposición [el honor de la víctima] a otro [la libre expresión del periodista], aparte de ser importante y de intensidad grave, según el *balancing test* efectuado, se “justifica” como tal⁶².

Y la pregunta no es baladí, pues la sentencia no trae a colación ni explica, como sí lo hace el artículo 32, inciso 2 de la Convención Americana, el alcance que habría de dársele a una justificación: ¿acaso se refiere a “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”? Porque de ser así, como debería serlo, no bastarían por sí solas las reglas del método de balance enunciadas por la Corte si antes, durante y después de realizada la armonización de un caso de oposición puntual de derechos no se explican o justifican aquéllas dentro de los límites de la democracia y con vistas a la postergación de la libertad de expresión, que no solo es “piedra angular de la democracia”, sino que, como bien lo recuerda con tino la jurisprudencia constitucional española y también la doctrina argentina, es “medio de formación de la opinión pública, cuya preferencia viene determinada por su condición de garantía de ésta y al ser “institución constitucional del Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger”.⁶³

VIII. A GUISA DE EPÍLOGO

39. No huelga hacer constar por último, en este ejercicio de exposición y de análisis crítico del Caso *Kimel*, un aspecto que deja pendiente y que habría de resolverse a la luz del carácter factual que compromete la figura de la calumnia y cuyas responsabilidades penales, en línea con la nueva jurisprudencia, procederían luego del escrutinio o el balance de los extremos de excepción que considera indispensables la Corte.⁶⁴

Ésta, afirma en su fallo, por una parte, que “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u *opiniones*”⁶⁵ (cursivas nuestras) y, por la otra, concluye afirmando que “como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata [como lo es, en su esencia] de un juicio de valor sobre un

61 Párrafo 91.

62 Párrafo 84.

63 STC 165/1987, FJ 10° y STC 143/1991, FJ 4°, apud. Aguiar, “El derecho a la información...”, *cit.*, p. 829. Gregorio Badeni, reputado constitucionalista argentino, ha dicho, por su parte y a propósito de la despenalización de los delitos de opinión, que ella “no tiene como propósito final proteger al emisor, sino al sistema político democrático”. “La despenalización de la injuria”, La Ley, Buenos Aires, 1° de septiembre de 2005.

64 Párrafos 76 y ss.

65 Párrafo 78.

acto oficial de un funcionario...”; todavía más, que “[e]n principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos”.⁶⁶

40. Así las cosas, para obviar tal antagonismo de criterios que suponemos, no cabría otra alternativa u opción que volver a la tesis que ya avanzamos en interpretación del fallo en el Caso *Kimel*; en cuanto a que sólo procede debatir judicialmente las expresiones relacionadas con funcionarios públicos que tengan carácter calumnioso, y no otras.

Aún así, en nuestro criterio y salvo mejor opinión, la Corte se muestra adicionalmente regresiva en cuanto a la *Doctrina Sullivan* sobre la *real malicia* mencionada *supra* al recordar, por argumento a contrario y en cita que hace del Caso *Lingens* de la Corte Europea, la hipótesis según la cual los hechos podrían ser sometidos a prueba en sus “requisitos de veracidad”.⁶⁷

A menos que, como lo sostuviésemos en otra oportunidad e inspirados en la jurisprudencia constitucional hispana entendamos que el requisito de veracidad “no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información... cuando a negar esa protección a quienes... actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado”; de donde –cabe la corrección respetuosa a la Corte– “el contraste de la noticia no es un término unívoco [en el Caso *Kimel* se indica que el periodista debe actuar con “diligencia en la confrontación de las fuentes”⁶⁸] sino que... exige matizaciones casuísticas, [y una de ellas es] la fuente que proporciona la noticia”⁶⁹: un juez, un legislador, un ministro, el presidente.

41. Finalmente, no podemos menos que hacer nuestra la medular afirmación contenida en el voto del Juez García Ramírez en cuanto a la sentencia del Caso *Kimel* que ocupó nuestra atención y sobre la decisión de fondo contenida en la misma: pedir del Estado declarado responsable “adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana”⁷⁰ en modo de resolver “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sancionan las calumnias y las injurias”⁷¹: “Antes que resolver –dice García Ramírez– la mejor forma de tipificar penalmente estos ilícitos habría que decidir si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema... recurrir a la solución penal, o [si] basta[ría] con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles... [u otras] medidas de diverso género... que conviene mantener abiertas y activas, en el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público... El derecho de rectificación o respuesta, regulado por el artículo 14 de la Convención, tiene raíz en consideraciones de este género”.⁷²

66 Párrafo 93.

67 *Loc.cit.*

68 Párrafo 29.

69 Aguiar, “El derecho a la información...”, *cit.*, páginas 814 y 815.

70 Párrafo 140.11.

71 Párrafo 18.

72 Voto del juez García Ramírez, *cit.*, párrafos 20, 26 y 27.

42. En síntesis, sea lo que fuere y más allá de la interesante controversia que a primera vista suscita el Caso *Kimel v. Argentina*, no podemos menos que convenir con lo afirmado al respecto por Eduardo Bertoní, ex Relator de la OEA para la Libertad de Expresión, quien observa con agudeza que se salvaguardó, a todo evento, el criterio matriz consagrado a partir del Caso *Canese* y que dice sobre el carácter no necesario de las responsabilidades penales ulteriores para la sanción de expresiones relativas a los asuntos de interés público⁷³; ya que, de no haber sido así, la Corte no hubiese sujetado la opción de aplicarlas a un escrutinio previo exigente y al cumplimiento de extremos que, en la práctica, la transforman en excepción de la regla.⁷⁴

IX. ANEXO*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO KIMEL VS. ARGENTINA

Sentencia de 2 de mayo de 2008

(FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

En el caso *Kimel*

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces:

- Cecilia Medina Quiroga, Presidenta;
 - Diego García-Sayán, Vicepresidente;
 - Sergio García Ramírez, Juez;
 - Manuel E. Ventura Robles, Juez;
 - Margarette May Macaulay, Jueza, y
 - Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
- presentes, además,
- Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
 - Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 29, 31, 53.2, 55, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia.

⁷³ Caso *Canese*, cit., párrafo 104.

⁷⁴ Eduardo Bertoní, “Journalist Wins Case Before Inter-American Court on Human Rights Argentina Ordered to Amend its Criminal Defamation Laws”, MLRC MediaLawLetter May 2008 at 36-372.

* Las notas de pie de página correspondientes a los párrafos de la sentencia anexa, se inician con el número 20 en su versión original. Se recomienda disponer de este texto en la página Web de la Corte (www.corteidh.or.cr) para su cita apropiada

*I**Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia*

1. El 19 de abril de 2007, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió a la Corte una demanda en contra de la República Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”), la cual se originó en la denuncia presentada el 6 de diciembre de 2000 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). El 24 de febrero de 2004 la Comisión aprobó el Informe N° 5/04, mediante el cual declaró admisible la petición del señor Kimel.

Posteriormente, el 26 de octubre de 2006 la Comisión aprobó el Informe de fondo N° 111/06, en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Este informe fue notificado al Estado el 10 de noviembre de 2006. Tras considerar la información aportada por las partes con posterioridad a la adopción del informe de fondo, y ante “la falta de avances sustantivos en el efectivo cumplimiento de [sus recomendaciones]”, la Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte.

2. Según la demanda de la Comisión, el señor Eduardo Gabriel Kimel es un “conocido periodista, escritor e investigador histórico”, quien habría publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos “La masacre de San Patricio”, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos.

El libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez. Conforme a lo expuesto por la Comisión, el 28 de octubre de 1991 el Juez mencionado por el señor Kimel promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia, señalando que “si bien la imputación deshonrosa hecha a un Magistrado con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones constituiría desacato en los términos del art[ículo] 244 del Código de Fondo, hoy derogado, la específica imputación de un delito de acción pública configura siempre calumnia”.

Luego de concluido el proceso penal, el señor Kimel fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia.

3. La Comisión solicitó a la Corte que determine que el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales al incurrir en la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Asimismo, solicitó que se ordenaran determinadas medidas de reparación.

[OMISSIS]

VI

ARTÍCULO 13 (LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN)⁷⁵ Y ARTÍCULO 9 (PRINCIPIO DE LEGALIDAD)⁷⁶ EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)⁷⁷ Y 2 (DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO)⁷⁸ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

37. La Comisión solicitó a la Corte que “declare que el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias -incluida la sanción accesoria civil- a los que se vio sometido el señor Eduardo Kimel por realizar una investigación, escribir el libro y publicar información[,] necesariamente inhibe[n] la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate público sobre asuntos que afectan a la sociedad argentina”. Además, solicitó se declare la violación del deber de adecuación del ordenamiento interno “al mantener vigentes disposiciones que restringen irrazonablemente la libre circulación de opiniones sobre la actuación de las autoridades públicas”.

38. Los representantes concordaron con la Comisión y consideraron que los tipos penales utilizados en este caso son “susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política”, razón por la cual “resultan incompatibles con el artículo 13 de la Convención”.

39. El Estado se allanó a las pretensiones de las partes señalando que “[la] sanción penal al señor [...] Kimel constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión” y que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incum-

75 El artículo 13 de la Convención señala en lo pertinente que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...]

76 El artículo 9 de la Convención establece:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

77 El artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

78 El artículo 2 de la Convención dispone que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

plimiento de[l artículo 2 de la Convención]”. En audiencia pública el Estado “deplor[ó...] que el único condenado por la masacre de los palotinos haya sido justamente quien ha llevado a cabo una investigación periodística exhaustiva sobre tan terrible crimen y su tratamiento judicial”.

40. La Corte observa que a pesar de la confesión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de derechos humanos.

* * *

41. Eduardo Kimel es un historiador graduado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se ha desempeñado además como periodista, escritor e investigador histórico⁷⁹. En noviembre de 1989 publicó un libro titulado “La masacre de San Patricio”⁸⁰. Este libro analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar⁸¹.

42. En dicho libro, el señor Kimel analizó, *inter alia*, las actuaciones judiciales dirigidas a investigar la masacre. En relación con una decisión judicial adoptada el 7 de octubre de 1977 señaló que el Juez federal que conocía la causa

...realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el [J]uez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto⁸².

43. El 28 de octubre de 1991 el Juez mencionado por el señor Kimel en su libro (en adelante “el querellante”) entabló una acción penal en contra del autor por el delito de calumnia⁸³. Posteriormente, el querellante solicitó que si no se compartía esta calificación, “se condene al querellado Kimel [por el delito de injurias⁸⁴]”. El 25 de septiembre de 1995 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 8 de Buenos Aires

79 Cfr. declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

80 Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Ediciones Lohlé-Lumen, segunda edición, 1995 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folio 217).

81 Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 13).

82 Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 125).

83 El artículo 109 del Código Penal argentino estipula:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

84 El artículo 110 del Código Penal argentino establece:

El que deshonrar o desacreditar a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

resolvió que el señor Kimel no había cometido el delito de calumnia sino el de injurias. Al analizar el tipo penal de calumnia estableció que:

[L]a labor que la defensa califica como de “investigación, información y opinión”, ha trascendido este ámbito [...] para irrumpir en el terreno de la innecesaria y sobreabundante crítica y opinión descalificante y peyorativa, respecto de la labor de un Magistrado, que en nada contribuye a la función informativa, a la formación social o a la difusión cultural y tanto menos, al esclarecimiento de los hechos o de la conciencia social [...] tales excesos, que no son sino y precisamente, desbordes de los límites propios de la libertad de prensa, no alcanzan a constituir, por ausencia del dolo esencial y por falta de imputación concreta y precisa, la figura [de calumnia]⁸⁵.

44. Seguidamente, el Juzgado analizó la posibilidad de encuadrar los hechos dentro del tipo de injurias y expresó que “[c]onforme [a] nuestro ordenamiento positivo, todo cuanto ofende al honor, no siendo calumnia, es una injuria”, razón por la cual consideró que:

...la duda o sospecha que cierne Kimel, sobre la eficacia de la actuación del Magistrado en una causa de trascendencia internacional, y ante la gravedad de los hechos investigados, constituye de por sí un ataque al honor subjetivo del agraviado –deshonra-, agravado por el alcance masivo de la publicación –des crédito-, que configuran el ilícito penado por el art. 110 del C. Penal.

[...] tampoco podía ignorar el querellado que, las afirmaciones, sugerencias y dudas que plantea en torno, concretamente, del [querellante], podían mancillar la dignidad del Magistrado y del hombre común que reposa tras la investidura. Indudablemente, Kimel, ha incurrido en un exceso injustificado, arbitrario e innecesario, so pretexto de informar al público en general, sobre ciertos y determinados acontecimientos históricos [...]. Kimel, no se limitó a informar, sino que además, emitió su opinión sobre los hechos en general y sobre la actuación del [querellante], en particular. Y en este exceso, de por sí dilacerante, se halla precisamente el delito que “*ut supra*” califico. [...] Nada modifica la situación, que Kimel haya sostenido que carecía de intención de lesionar el honor del querellante [...] [e]l único dolo requerido es, el conocimiento, por parte del sujeto activo, del carácter potencialmente deshonrante o desacreditante de la acción u omisión ejecutada.

45. La referida sentencia condenó al señor Kimel a la pena de prisión de un año, en suspenso, así como al pago de \$20.000,00 (veinte mil pesos argentinos) en concepto de indemnización por reparación del daño causado, más costas⁸⁶.

46. Esta sentencia fue apelada ante la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la que mediante fallo de 19 de noviembre de 1996 revocó la condena impuesta en los siguientes términos:

...cuando arriba a la sección que atañe a la investigación judicial [Kimel] deja sentada su propia opinión, lo cual es criticado por la *a quo*, quien interpreta que ello le estaría vedado y debería limitarse a informar. No comparto este criterio[...], lo importante es determinar si esta opinión produce resultados desdorosos sobre terceros o está animada por secretos fines sectoriales o tendenciosos, porque de no ser así, estaría sólo al servicio del esclarecimiento y

85 Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995 emitida por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 8 de Buenos Aires (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 1, folio 62).

86 Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 30.

orientación al lector sobre un tema de interés público, siempre y cuando haya sido vertida con responsabilidad profesional y con conciencia de la veracidad de sus afirmaciones. Actualmente, no puede concebirse un periodismo dedicado a la tarea automática de informar sin opinar [...] ello no significa que estos conceptos no posean límites impuestos por la ética y las leyes penales que las repudian y reprimen respectivamente, en cuanto ofendan el honor, la privacidad o la dignidad de terceros entre otros valores⁸⁷.

[...] Este aislado juicio de valor[, concretamente la frase “la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial”] no reviste la característica de una calumnia, porque ésta requiere la falsa imputación de un delito concreto a una persona determinada, que dé motivo a la acción pública⁸⁸ [...]. [L]a crítica en la persona del Magistrado [...] sólo consiste en una estimación realizada por un lego en la materia sobre el desarrollo de la pesquisa, que éste habría conducido de otro modo si se hubiera encontrado en el lugar del ofendido[. Como tal, ello tampoco puede afectar el honor del funcionario [...] y aunque Kimel no comparta su forma de actuación, no se advierte en este párrafo que haya querido expresarse con el dolo que requiere la figura [de calumnia]⁸⁹.

47. Al referirse al delito de injurias, el tribunal de apelación calificó el trabajo de Kimel como “una breve crítica histórica” y agregó que “en es[a] labor no ha excedido los límites éticos de su profesión”⁹⁰. Asimismo, estableció que “el querellado ejerció su derecho a informar de manera no abusiva y legítima y sin intención de lesionar el honor del [querellante], ya que no se evidencia siquiera dolo genérico, elemento suficiente para la configuración del hecho ilícito bajo análisis”⁹¹.

48. Esta última decisión fue impugnada por el querellante mediante recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El 22 de diciembre de 1998 la Corte Suprema revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal para que dictara nueva sentencia. La Corte Suprema consideró que la sentencia recurrida había sido arbitraria al afirmar que:

...en el caso, carecen de sustento los argumentos expuestos por los jueces que suscribieron la absolución tendientes a establecer la atipicidad de la calumnia. Ello es especialmente así pues únicamente de una lectura fragmentaria y aislada del texto incriminado puede decirse -como lo hace el *a quo*- que la imputación delictiva no se dirige al querellante. En el libro escrito por el acusado, después de mencionar al [querellante] y decir que la actuación de los jueces durante la dictadura fue en general cómplice de la represión dictatorial, expresa que en el caso de los palotinos el [juez querellante] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia [de] que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto’ [...] [P]or otra parte carece de sustento jurídico la afirmación referente a que por tratarse el querellado de un “lego” en la pesquisa del caso, no tendría entidad calumniosa

87 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996 emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 2, folios 85 y 86).

88 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 87.

89 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folios 88 y 89.

90 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 92.

91 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 95.

el párrafo que al referirse al magistrado expresa que “resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la investigación no fueron tenidos en cuenta”.

Al así decidir ha omitido la cámara tener en cuenta las características especiales del elemento subjetivo doloso en los delitos contra el honor y sin sustento jurídico ha considerado a la condición de lego como una causal de inculpabilidad. Tan absurda afirmación descalifica el fallo por su evidente arbitrariedad. [...] Otra causal de arbitrariedad se deriva de la omisión de considerar el planteo de la querella referente a que de las constancias de la causa “Barbeito, Salvador y otros, víctimas de homicidio (art. 79 C. Penal)”, surgiría no sólo la falsedad de las imputaciones delictivas formuladas a la conducta del magistrado, sino especialmente el dolo que -a criterio del apelante- se hallaría configurado por el hecho de que el querellado, con la única intención de desacreditar al juez, habría omitido consignar en la publicación que el [querellante] habría hecho caso omiso a los reiterados requerimientos de sobreseimiento provisional del sumario formulados por el fiscal⁹²[.]

49. El 17 de marzo de 1999 la Sala IV de la Cámara de Apelaciones, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Suprema, confirmó parcialmente la sentencia condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, pero en vez de condenar al señor Kimel por injurias, consideró que se configuró el delito de calumnia⁹³. La Cámara señaló que,

...en atención a los argumentos esgrimidos por nuestro máximo tribunal, las expresiones vertidas por el periodista [Kimel] dirigidas al querellante, resultan ser de contenido calumnioso, careciendo por ende de sustento los argumentos expuestos por la Sala VI [de la Cámara de Apelaciones] que suscribiera la absolución basada en la atipicidad de la calumnia⁹⁴.

50. Contra la sentencia pronunciada por la Cámara de Apelaciones el señor Kimel interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema⁹⁵, el cual fue declarado improcedente. Posteriormente, la víctima presentó un recurso de queja ante la misma Corte, el cual fue rechazado *in limine* el 14 de septiembre de 2000, con lo cual la condena quedó firme⁹⁶.

51. En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

92 Cfr. sentencia de 22 de diciembre de 1998 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 3, folios 114 a 116).

93 Cfr. sentencia de 17 de marzo de 1999 emitida por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 4, folio 134).

94 Cfr. sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 38, folio 132.

95 Cfr. escrito de interposición del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 5, folio 140).

96 Cfr. resolución de 14 de septiembre de 2000 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 6, folio 175).

52. La Corte ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención⁹⁷. En particular, ha analizado la suspensión de garantías en estados de excepción⁹⁸ y las limitaciones a la libertad de expresión⁹⁹, propiedad privada¹⁰⁰, libertad de locomoción¹⁰¹ y libertad personal¹⁰², entre otros.

53. Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social:

...ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹⁰³.

54. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa¹⁰⁴.

55. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección¹⁰⁵.

97 Cfr. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6.

98 Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8, y *Caso Zambrano Vélez*, *supra* nota 11, párrs. 45 a 47.

99 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111, párr. 96; *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párrs. 68 y 79, y *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, párrs. 88 a 91.

100 Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 145; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez*, *supra* nota 17, párr. 93, y *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 14, párr. 127.

101 Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párrs. 113 a 135.

102 Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez*, *supra* nota 17, párrs. 51 a 54.

103 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 30; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párr. 64; *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 146; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 108, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 77.

104 Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 120; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 95, y *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 79.

105 Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 101.

56. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad.

57. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas¹⁰⁶.

58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

i) Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal)

59. La Comisión alegó que “se utilizaron los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”. En este sentido, sostuvo que “la descripción de las conductas de [calumnia e injurias] tiene[...] tal ambigüedad, amplitud y apertura que permite[...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de estos tipos penales”. Además, la Comisión opinó que la “mera existencia [de los tipos penales aplicados al señor Kimel] disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”. Al respecto, indicó que “[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precizarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.

60. Los representantes indicaron que la figura de injurias “se refiere a una conducta absolutamente indeterminada”, toda vez que “la expresión ‘deshonrar’ como la de ‘desacreditar’ a otro, no describe conducta alguna”. Por ello, consideraron que “no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador”. Agregaron que la figura de calumnia “resulta también excesivamente vag[a]”. Concluyeron que la “vaguedad de ambas figuras ha resultado manifiesta”, dado que el señor Kimel “fue condenado en primera instancia por injurias, y luego [por] calumnias”.

106 El Tribunal ha señalado que “es indispensable[...] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar”. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 44, párr. 34.

61. Esta Corte tiene competencia –a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional– para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan¹⁰⁷.

62. En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación.

63. La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”¹⁰⁸. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana¹⁰⁹.

64. Como quedó establecido anteriormente, el señor Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injurias. El tipo penal aplicado fue el artículo 110 del Código Penal que establece:

El que deshonrar o desacreditar a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

65. Posteriormente, fue absuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Por último la Corte Suprema de Justicia se apartó de la califi-

107 Cfr. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 172; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140, párr. 54, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 186.

108 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 40, y *Caso Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 89.

109 Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 12, párr. 121, y *Caso Lori Berenson*, *supra* nota 12, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones “deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”. Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 124.

cación originaria del delito y decidió que los hechos imputados al señor Kimel configuraban el ilícito tipificado en el artículo 109 del Código Penal, que establece:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

66. La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (*supra* párr. 18).

67. En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

ii) Idoneidad y finalidad de la restricción

68. La Comisión alegó que la sanción impuesta al señor Kimel tuvo “el propósito legítimo de proteger el honor de un funcionario público”. Con todo, indicó que “los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas que los particulares” y que el control democrático fomenta la transparencia de las actividades estatales, promueve la responsabilidad de los funcionarios públicos y que “en un Estado de derecho no existe fundamento válido que permita sustraer de esta consideración a quienes trabajan en la administración de la justicia”.

69. Los representantes indicaron que “la Convención Americana no distingue al [P]oder [J]udicial respecto del resto de los poderes públicos, ni establece ninguna norma específica relacionada con la protección de la reputación de los jueces”. Por el contrario, “en casos como el presente sólo rige la norma general que permite restringir la libertad de expresión para proteger los derechos o la reputación de los demás”.

70. En este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.

71. Como quedó establecido en el párrafo 55 *supra*, los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá *infra*.

iii) Necesidad de la medida utilizada

72. La Comisión considera que “el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal”. En este sentido, “[l]a protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”.

73. Los representantes señalaron que “cuando la conducta de una persona configura el ejercicio regular de un derecho [...], la mera existencia de una sanción -cualquiera que fuese- importa una violación a la Convención”. Respecto de las sanciones penales alegaron que “[a]l menos en el área de la crítica a los funcionarios públicos por sus actos funcionales, o a quienes se vinculan voluntariamente a asuntos de interés público, el recurso al derecho penal es contrario a la posibilidad de dar un debate amplio, ya que desalienta la participación de la ciudadanía, incluso, de los periodistas profesionales en la discusión de los asuntos públicos”. En este sentido, el “recurso penal genera un fuerte efecto inhibitor”. Por otra parte, se manifestaron en contra de la existencia de sanciones civiles, toda vez que éstas también “tienen un fuerte efecto inhibitor, en particular para las personas que desempeñan la función de periodista”, por “los relativamente exigüos salarios que se abonan en los medios de prensa”; porque “resulta virtualmente imposible afrontar las condenas que se establecen en los juicios de daños y perjuicios, sin que se genere un colapso en la economía personal del periodista o del ciudadano común”, y porque, “salvo acaso los grandes multimédios, ningún medio de comunicación ofrece garantías a sus trabajadores respecto de su capacidad de pago”.

74. En el análisis de este tema, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas¹¹⁰.

75. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel modular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.

76. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita¹¹¹. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

77. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

78. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente

110 Cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93.

111 Cfr. Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 104, y Caso *Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 79.

excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático¹¹².

79. De otro lado, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.

80. En lo que corresponde al presente caso, es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo —como lo ha reconocido el propio Estado— tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción —privación de libertad— aplicada al periodista.

iv) Estricta proporcionalidad de la medida

81. La Comisión alegó que “la conducta del señor Kimel se encuadra dentro del ámbito razonable del ejercicio de su derecho a ejercer el periodismo de investigación, dado que se trataba de información de evidente interés para la opinión pública argentina, fundada en una investigación previa, que tenía por objeto aportar al debate y servir como medio fiscalizador de un funcionario público”. En este sentido, indicó que en “una sociedad que vivió una dictadura militar como la de Argentina desde 1976 hasta 1983 la libertad de pensamiento y expresión adquiere una importancia fundamental para la reconstrucción histórica del pasado y la formación de la opinión pública”. En consecuencia, debe existir la “posibilidad de que cual-

112 En el Caso *Mamere* la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que “si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos”. La versión original en inglés es la siguiente: “the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honour and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials”. Cfr. *Mamère v. France*, N° 12697/03, § 27, ECHR 2006.

Asimismo, en el Caso *Castells* el Tribunal Europeo afirmó que “permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe”. La versión original en inglés señala: “it remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith”. Cfr. *ECHR, Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A N° 236, § 46.

En un pronunciamiento reciente sostuvo que “la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia”. La versión original en inglés es la siguiente: “the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence”. Cfr. *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], N° 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

quier persona exprese sus opiniones de conformidad con el pensamiento propio, [...] de analizar con profundidad o sin ella la actuación de quienes detentaban cargos públicos durante esa época, entre ellos, del [P]oder [J]udicial y de emitir críticas incluso ofensivas y fuertes sobre ello”. Agregó que el Juez mencionado por el señor Kimel “deb[ía] tolerar las opiniones críticas que se re[firieran] al ejercicio de su función jurisdiccional”.

82. Los representantes concordaron con la Comisión y alegaron que “los hechos sobre los que informó el señor Kimel son de interés público”, teniendo en cuenta que la investigación se refería “a un caso paradigmático de la represión” y que la “investigación efectuada por el periodista es parte de [la] revisión que la sociedad argentina debe realizar y de la discusión acerca de las causas por las cuales el gobierno militar desplegó su accionar sin haber encontrado obstáculos en el [P]oder [J]udicial”. Agregaron que el señor Kimel “no utilizó lenguaje alguno que pudiera considerarse abusivo” ni utilizó “palabras desmedidas ni mucho menos ultrajantes”; que se refirió al juez “única y exclusivamente con motivo de su actuación funcional y no incurrió en ningún aspecto de su vida o de su personalidad que no guardara relación con su labor como funcionario público”; que en los apartados del libro donde se manifiestan afirmaciones de hecho “todo lo que sostuvo se ajusta a la realidad” y que “los párrafos que formaron parte del juicio penal” contienen “juicios de valor críticos sobre el poder judicial de aquella época”, razón por la cual “no son susceptibles de ser verdaderos o falsos, ni pueden justificar, por sí mismos, una restricción a la libertad de expresión, en tanto se trata del derecho de toda persona de opinar libremente sobre asuntos de interés público y sobre la actuación funcional de un juez en un asunto de la mayor relevancia pública”.

83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación¹¹³. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que:

...para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión¹¹⁴.

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

85. Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción

113 Cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93.

114 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 46; Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párrs. 121 y 123; Caso *Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 85, y Caso *Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 91.

en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario¹¹⁵.

86. Respecto al derecho a la honra, 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 democrático¹¹⁶. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público¹¹⁷. 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 público¹¹⁸. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza¹¹⁹, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

87. 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 democrático¹²⁰. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática¹²¹, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público¹²².

88. 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 población¹²³. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre

115 La sanción pecuniaria impuesta al señor Kimel ascendió a \$ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos). Cfr. sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 36, folio 138. Según el tipo de cambio vigente en ese momento, este monto era equivalente a la misma cantidad en dólares estadounidenses. Según lo afirmado por los representantes y no controvertido por el Estado, la ejecución de esta pena “importaría, sin más, [la] quiebra económica” del señor Kimel, quien “perdería todas sus pertenencias, y quedaría endeudado por un larguísimo período”.

116 Cfr. Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 128, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 98.

117 Cfr. Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

118 Cfr. Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

119 Cfr. Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

120 Cfr. Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 155; Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 127; Caso *Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 83, y Caso *Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 87.

121 Cfr. Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 113, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 83.

122 Cfr. Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 127.

123 Cfr. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, *supra* nota 48, párr. 69; Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 152, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 83.

cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

89. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos. Tal como indicó la sentencia de primera instancia (*supra* párr. 43), el párrafo por el que fue procesado el señor Kimel involucraba una opinión y no el señalamiento de un hecho:

Kimel [...] se limita a abrir un interrogante [...]. En modo alguno, conforme doctrina y jurisprudencia imperantes en la materia, podría sostenerse válidamente que tales epítetos puedan constituir la atribución de una conducta criminal, en los términos requeridos por la figura típica y antijurídica [de calumnia]. El interrogante como tal, no puede implicar una imputación concreta, sino una mera valoración perfectamente subjetiva –y librada al subjetivismo también del lector–, por parte del autor, de una no menos subjetiva apreciación del valor probatorio de los elementos de juicio, incorporados al proceso, por parte del [querellante]. Tratase, en fin, de una crítica con opinión a la actuación de un Magistrado, frente a un proceso determinado. Pero la diferente apreciación de los hechos y circunstancias, en modo alguno, puede implicar la clara y rotunda imputación de un delito de acción pública¹²⁴.

90. Sobre el notorio interés público de los temas en torno a los cuales el señor Kimel emitió su opinión, cabe resaltar su testimonio en audiencia pública (*supra* párr. 9), no controvertido por el Estado:

La masacre de San Patricio ha[bía] sido considerado el hecho de sangre más importante que sufrió la Iglesia Católica a lo largo de varios siglos de existencia en la Argentina[.] El objetivo único y principal del libro evidentemente ha[bía] sido contar el asesinato de los religiosos palotinos, dar luz a aquello que había permanecido oscuro e invisible a la sociedad, la tremenda historia del asesinato de cinco religiosos en su casa masacrados de la manera más horrible¹²⁵.

91. El señor Kimel emitió una opinión que no tenía relación con la vida personal del Juez querellante ni le imputaba una conducta ilícita, sino que se relacionaba con la causa judicial a su cargo.

92. La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. En la audiencia pública del presente caso (*supra* párr. 9), el señor Kimel resaltó que el texto en el que se refiere al juez querellante era “un párrafo que debía estar en el libro porque contenía, a pesar de su brevedad, un dato significativo: cual había sido la conducta de la justicia argentina durante aquellos trágicos años de la dictadura militar para investigar el asesinato de los sacerdotes”. El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista.

93. Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo.

124 Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 28, folio 59.

125 Cfr. declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor¹²⁶.

94. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso.

95. En razón de todo lo expuesto en el presente capítulo y teniendo en cuenta la confesión de hechos y el allanamiento del Estado, el Tribunal considera que éste violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

VII

ARTÍCULO 8 (GARANTÍAS JUDICIALES)¹²⁷ EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

96. La Comisión alegó que el proceso penal en contra de la víctima duró casi nueve años; que el caso no era complejo, pues “no existía pluralidad de sujetos procesales” y la prueba consistía esencialmente en el libro del señor Kimel; que “no consta en autos que el señor Kimel hubiera mantenido una conducta incompatible con su carácter de procesado ni entorpecido la tramitación del proceso”; y que “las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y celeridad”. Los representantes presentaron argumentos en el mismo sentido y agregaron que “el procedimiento aplicable a los delitos contra el honor, por ser delitos de acción privada, es un procedimiento simplificado que carece de etapa de investigación”. Como se indicó anteriormente, el Estado se allanó a la alegada violación del artículo 8.1 de la Convención.

97. Teniendo en cuenta los hechos acreditados, el allanamiento del Estado y los criterios establecidos por este Tribunal respecto del principio del plazo razonable¹²⁸, la Corte estima que la duración del proceso penal instaurado en contra del señor Kimel excedió los límites de lo razonable. Del mismo modo, el Tribunal considera, conforme a su jurisprudencia¹²⁹, que el Estado no justificó esa duración tan prolongada. En consecuencia, declara que

126 Cfr. *ECHR*, Caso *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A N° 103, § 46.

127 El artículo 8.1 de la Convención establece en lo pertinente que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

128 Dichos criterios son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado, y iii) conducta de las autoridades judiciales. Cfr. Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 30, párr. 77; Caso *Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 155, párr. 102, y Caso *Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N° 165, párr. 102.

129 Cfr. Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94, párr. 145; Caso *Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 136, párr. 85, y Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra* nota 17, párr. 161.

el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

[OMISSIS]

Y Decide:

Por unanimidad que:

6. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 110, 119 y 133 de la misma.

7. El Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 121 a 123 de la misma.

8. El Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso, en los términos de los párrafos 121 a 123 de esta Sentencia.

9. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 125 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.

10. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 126 de la misma.

11. El Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (*supra* párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

12. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

Los Jueces Diego García-Sayán y Sergio García Ramírez comunicaron a la Corte sus Votos Concurrentes. Dichos votos acompañan esta Sentencia.

(Firman los jueces Cecilia Medina Quiroga, Presidenta. Diego García-Sayán, Sergio García Ramírez, Manuel E. Ventura Robles, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet. Pablo Saavedra Alessandri, Secretario).