

Nuevos desarrollos en materia de libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Acerca del caso “Kimel v. Argentina”)

Hernán Gullco¹

Introducción

Recientemente², la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó un fallo en el caso “**Kimel v. Argentina**” en el cual desarrolló principios sumamente importantes acerca del alcance del derecho a la libre expresión, reconocido en el art.13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

Si bien esta no es la primera vez que la Corte Interamericana dicta un fallo en el que declara la invalidez de las restricciones estatales al derecho a la libre expresión⁴, sí podría decirse que este fallo

¹ El presente comentario es una adaptación de un fragmento de la 2^o edición de la obra “**El Derecho a la Libre Expresión**”, de Enrique Bianchi y Hernán Gullco, que se encuentra actualmente en prensa. Cabe aclarar que uno de los coautores de esa obra, Hernán Gullco, en su carácter de abogado de la “*Asociación por los Derechos Civiles*” (ADC) participó en la elaboración de un escrito de “amicus curiae” que se presentó ante la Corte Interamericana en defensa del derecho a la libre expresión del denunciante Kimel. En el presente trabajo, se señalará cuándo las notas al pie pertenecen al autor con el objeto de diferenciarlas de las notas incluidas por la Corte Interamericana en el caso mencionado.

² Sentencia del 2.5.2008. Nota del autor.

³ El artículo 13 de la Convención Americana está redactado en los siguientes términos:

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.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Nota del autor.

representa una tendencia nueva en la jurisprudencia de ese tribunal en el sentido de establecer una doctrina de contornos bastantes definidos acerca del alcance de ese derecho, la cuál, no sólo sirvió para resolver el caso “Kimel”, sino que también será de gran utilidad para la resolución de casos futuros.

En los puntos siguientes de este comentario, trataré de explicar las razones de esta afirmación.

Los antecedentes del caso

Los antecedentes del caso “Kimel” aparecen claramente reseñados en la decisión de la Corte Interamericana:

“41. Eduardo Kimel es un historiador graduado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se ha desempeñado además como periodista, escritor e investigador histórico⁵. En noviembre de 1989 publicó un libro titulado “La masacre de San Patricio”⁶. 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 militar⁷.

“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 muerto⁸.

⁴ Ver, entre otros, los casos “**Ivcher Bronstein c. Perú**”; sentencia del 6.2.2001, parr. 148; “**Herrera Ulloa c. Costa Rica**”; sentencia del 2.7.2004, parr.112 y siguientes y “**Canese v. Paraguay**”, sentencia del 31.8.2004. Estos precedentes fueron citados por la Corte en “Kimel”. Nota del autor.

⁵ Cfr. declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

⁶ 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).

⁷ Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 13).

⁸ Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 125).

“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 calumnia⁹. Posteriormente, el querellante solicitó que si no se compartía esta calificación, “se condene al querellado Kimel [por el delito de injurias¹⁰]”. El 25 de septiembre de 1995 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional No. 8 de Buenos Aires 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]¹¹.

“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. [...] En 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.

⁹ 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.

¹⁰ El artículo 110 del Código Penal argentino establece:

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

¹¹ *Cfr.* sentencia de 25 de septiembre de 1995 emitida por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional No. 8 de Buenos Aires (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo I, folio 62).

“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 costas¹².

“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 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 valores¹³.

[...] 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 pública¹⁴ [...]. [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[. C]omo 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]¹⁵.

“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”¹⁶. 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”¹⁷.

“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

¹² Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 30.

¹³ 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).

¹⁴ Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 87.

¹⁵ Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folios 88 y 89.

¹⁶ Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 92.

¹⁷ Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 95.

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 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 querrela 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 fiscal¹⁸[.]

"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 calumnia¹⁹. 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 calumnia²⁰.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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).

²⁰ Cfr. sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 38, folio 132.

“50. Contra la sentencia pronunciada por la Cámara de Apelaciones el señor Kimel interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema²¹, 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 firme²²”.

La tramitación del caso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La decisión de la Corte Suprema en el caso “Kimel” dio lugar a una denuncia contra el Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación del art.13 de la Convención Americana. Finalmente, el día 18.10.2007, el Estado argentino, la Comisión Interamericana y los representantes de la víctima suscribieron un Acuerdo en el cual el Gobierno Argentino reconocía su responsabilidad internacional en el caso por violación de los artículos 8.1. y 13 de la Convención. En el Punto 3º del citado acuerdo se expresa: “El Estado, la Comisión y los representantes de la víctima, solicitan a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos tenga a bien expedirse –conforme lo establecido en el artículo 63 de la Convención Americana– sobre el alcance de las reparaciones a favor de la víctima Eduardo KIMEL, las cuales deben incluir la indemnización por los daños materiales e inmateriales, así como las garantías de satisfacción y medidas de no repetición”.

La sentencia de la Corte Interamericana

Tal como se señaló anteriormente, con fecha 2.5.2008, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Kimel”. Se transcriben a continuación los párrafos más relevantes de esa decisión:

“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 medular 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 ilícita²³. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del

²¹ 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).

²² 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).

²³ Cfr. Caso Ricardo Canese, *supra* nota 44, párr. 104, y Caso Palamara Iribarne, *supra* nota 12, párr. 79.

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 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 democrático²⁴.

²⁴ 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*, no. 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 no. 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. Cumpăna and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

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 cualquier 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 refirieran 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 incursionó 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 limitación²⁵. 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 expresión²⁶.

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 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 beneficiario²⁷.

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 democrático²⁸. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público²⁹. 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 público³⁰. Este umbral no se

²⁵ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93.

²⁶ 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.

²⁷ 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 largu[i]simo período”.

²⁸ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 128, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 98.

²⁹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

³⁰ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza³¹, 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 democrático³². Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática³³, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público³⁴.

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 población³⁵. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas 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 pública³⁶.

³¹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

³² 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.

³³ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 113, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 83.

³⁴ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 127.

³⁵ 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.

³⁶ Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 28, folio 59.

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 horrible³⁷.

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. 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 valor³⁸.

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”.

Al establecer las reparaciones que el Estado Argentino debía otorgar a Kimel la Corte, en primer lugar, dispuso que “...conforme a su jurisprudencia³⁹, el Estado debe dejar sin efecto dicha

³⁷ Cfr. declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

³⁸ Cfr. ECHR, *Case Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, § 46.

³⁹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 195.

sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta tiene respecto de terceros, a saber: 1) la calificación del señor Kimel como autor del delito de calumnia; 2) la imposición de la pena de un año de prisión en suspenso, y 3) la condena al pago de \$ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos). Para ello, el Estado cuenta con un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia. Asimismo, 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” (parr.123).

Como otra medida de reparación, la Corte Interamericana dispuso que el Estado argentino debía “...en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (*supra* párrs. 18 y 66) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.” (parr.128).

En los citados párrs.18 y 66 de su sentencia, la Corte Interamericana transcribió la admisión del Estado argentino de que “...en el caso en especie, 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 sobre Derechos Humanos”.

Los principios que pueden extraerse de esta decisión

El examen de este importante fallo permite extraer las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, la Corte Interamericana ratifica su tradicional criterio de utilizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los fines de interpretar la validez de las restricciones *ulteriores*⁴⁰ al derecho a la libre expresión. Tal solución es entendible si se advierte la similitud que existe entre los artículos 13 de la Convención Americana y 10 de la Convención Europea en punto a la tutela del citado derecho. Por otra parte, la circunstancia de que el Tribunal Europeo haya entrado en funcionamiento con mucha anterioridad a la Corte Interamericana significa que existe un cuerpo considerable de jurisprudencia del primero en temas que todavía no han sido examinados en el sistema interamericano y que, por tal razón, pueden servir de guía muy importante para la elaboración de la jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana⁴¹.

⁴⁰ En cambio, la jurisprudencia europea no es aplicable al sistema interamericano en los supuestos de censura *previa*. En efecto, debe recordarse que la prohibición respecto de la censura previa en la Convención Americana “... con la excepción que prevé el parr.4 del art.13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares...” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “**Martorell v. Chile**”, Inf. N° 11/96). Ver, además, Bianchi/Gullco, “El Derecho a la Libre Expresión”, cit., 1º ed., págs. 30/32. Sin embargo, la mayoría de la Corte Suprema argentina ha seguido un criterio mucho menos estricto al determinar la validez de las restricciones previas a la libre expresión (conf. caso “**S.,V. v. M.,D.A.**”, Fallos: 324:975). Nota del autor.

⁴¹ Por cierto que la Corte Suprema argentina también ha aplicado las pautas elaboradas por el Tribunal Europeo al determinar el alcance de los derechos a la libre expresión y a asociarse libremente (ver, por ejemplo, la decisión de ese

b) En segundo lugar, la Corte Interamericana señaló que, si bien la imposición de responsabilidad penal por la difusión de afirmaciones injuriosas o calumniosas no es “per se” contraria al art.13 de la Convención Americana, tal “... 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 excepcional, medidas penales” (fallo cit., parr.78).

Esta posición coincide con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual tampoco ha aceptado que la tutela del honor de los funcionarios o personalidades públicas a través de la imposición de sanciones penales sea “per se” contraria al derecho a la libre expresión. Sin embargo, al igual que la Corte Interamericana en “Kimel”, el citado tribunal ha impuesto fuertes restricciones a las facultades represivas de los Estados Miembros en esa área.

Así, en el caso “**Dabrowski v. Polonia**” (sentencia del 19.12.2006, par.36) el Tribunal Europeo ha señalado que una pauta muy importante a los fines de determinar la proporcionalidad de la restricción a la libre expresión es “... la naturaleza y la severidad de la pena impuesta...”. En esa oportunidad, sostuvo sobre dicha cuestión que “... si bien la pena impuesta al denunciante fue relativamente benigna... y si bien el procedimiento penal en su contra fue suspendido condicionalmente, los tribunales nacionales concluyeron que el denunciante había cometido el delito penal de difamación. En consecuencia, el denunciante tuvo un prontuario penal. Además, quedó abierta la posibilidad para los tribunales de continuar el procedimiento en cualquier momento durante el período de *probation* si lo justificaban cualquiera de las circunstancias definidas por la ley” (par.cit.).

El Tribunal agregó al respecto que “... si bien la pena no impidió al denunciante expresarse, *sin embargo su condena constituyó una forma de censura que era susceptible de desincentivarlo de formular críticas similares en el futuro. Tales condenas pueden disuadir a los periodistas de contribuir a la discusión pública de cuestiones que afectan la vida de la comunidad. Por la misma razón, pueden llegar a dificultar a la prensa en el ejercicio de su función de brindar información y de ser un perro guardián del público*” (caso citado, parr.37; el énfasis ha sido agregado).

c) La Corte Interamericana también fue muy clara en que las “... opiniones vertidas por el señor Kimel no podían 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. 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 valor” (fallo cit., parr.93)⁴².

tribunal en el caso “**Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual**”, del 21.11.2006, J.A. 2007-I-29). Nota del autor.

⁴² La misma distinción también fue defendida en el caso por el voto concurrente del juez García Ramírez (parr.28). La posición de este magistrado coincide con la adoptada por la Comisión Interamericana en este caso y en oportunidades anteriores (conf. del citado organismo, su “**Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**”; punto IV C). Nota del autor.

La citada distinción entre “hechos” y “juicios de valor” es, por otra parte, muy común en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales y en las jurisdicciones nacionales⁴³.

Así, por ejemplo, en el caso “**Lingens v. Austria**” (sentencia del 8.7.1986)⁴⁴, el Tribunal Europeo sentó la siguiente doctrina:

“En opinión del Tribunal, se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba. El Tribunal observa, a este respecto, que los hechos en que el señor Lingens fundaba su juicio no se discutieron, como tampoco se discutió su buena fé (apartado 21)

⁴³ Ver, sin embargo, el Dictamen del Procurador General de la Nación del 11.4.2007 en el caso “**Patito, José Angel y otro c. Diario La Nación y otros**” (P. n° 2297 L XL) en el cual el citado funcionario se mostró escéptico acerca de la utilidad de la mencionada distinción: “... el hallazgo de un criterio de distinción entre opiniones e informaciones ha permanecido, hasta el momento, esquivo, al menos en el ámbito de la administración de justicia. Sin dudas se trata de una distinción cuyo estudio profundo probablemente sea materia de la lingüística y la filosofía; pero la eventual aplicación por parte de los tribunales de un criterio elaborado por estas disciplinas sería probablemente impracticable. Los intentos producidos en la jurisprudencia, hasta ahora, han dejado una sensación de desazón. Un ensayo célebre en esta materia consistió en el test elaborado en 1984 por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el fallo *Ollman v. Evans* (750 F.2d 970). Sin embargo, este test, que proponía cuatro comprobaciones, con las que se pretendía tener en cuenta ‘la totalidad de las circunstancias’ para llegar a la distinción, ha sido paulatinamente abandonado por la jurisprudencia; el entendimiento común de la materia señala al fallo de la Corte Suprema *Milkovich v. Lorain Journal Co* (497 U.S. 110) como conteniendo un rechazo definitivo de esta forma de análisis elaborada en el fallo *Ollman*. Sea como fuera, el precedente *Milkovich* contiene a su vez otro estándar bastante indeterminado, cuyo centro pareciera consistir en dilucidar si, lo que parece una opinión, connota también una afirmación de hecho probablemente falsa; en todo caso, se trata también de averiguar si un intérprete razonable concluiría que el enunciado implica la afirmación de un hecho. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que los ensayos de criterios de distinción y la literatura sobre ellos es inabarcable, casi tanto como el escepticismo que domina en la materia (Conf. Jeffrey Kirchmeier, *The Illusion of the Fact-Opinion Distinction in Defamation Law*, en *Case Western Reserve Law Review*, 1988/1989, p. 867 y ss.). El criterio más fuerte ideado hasta ahora por V.E. para distinguir entre enunciados sobre hechos y opiniones es verificar si es posible predicar, respecto del enunciado, verdad o falsedad. Si la respuesta es afirmativa, se trataría entonces de un enunciado sobre hechos. El criterio de la posibilidad de distinguir tipos de enunciados según pueda aplicárseles ciertos predicados podría, sin embargo, no ser del todo correcto, como surge de alguna literatura en relación a la materia (Conf. por ejemplo, Searle, *Austin on Locutionary and Illocutionary Acts*, en *The Philosophical Review*, Vol. 77 No. 4, 1968, p. 405 y ss., p. 406 y Greenawalt, *Speech and Crime*, en *American Bar Foundation Research Journal*, 1980, p. 645 y ss., p. 675 a 679)... En lo personal soy escéptico acerca de la posibilidad de formular un criterio decisivo que, sobre todo, tenga aplicación práctica y no consista en una intrincada construcción lógica. En mi opinión, sólo puede ofrecerse un criterio lábil como el que se enunciará brevemente. Debe considerarse que un enunciado contiene la afirmación de una circunstancia de hecho si del contexto del enunciado mismo puede identificarse la ocurrencia de un hecho histórico, aunque la determinación de éste no incluya una precisión que lo identifique conforme a sus circunstancias de tiempo, lugar y modalidad. Por ejemplo, el epíteto “corrupto” podría ser sólo eso, un calificativo sin ulteriores referencias, pero si del contexto de los enunciados surge una referencia a algún acto de corrupción en particular, aunque no esté precisado, se tratará de una afirmación sobre un hecho y no en una mera descripción de una característica de la personalidad”. Este caso se encuentra actualmente en estudio por parte de la Corte Suprema. Nota del autor.

⁴⁴ Citado por la Corte Interamericana en el parr.93 de su decisión. Nota del autor.

“Según el apartado 3 del artículo 113 del Código Penal [austríaco], en relación con el apartado 2, los periodistas sólo pueden librarse en tal caso de la condena por las acciones definidas en el apartado 1 si pueden probar la veracidad de sus afirmaciones (apartado 20).

“Ahora bien, esta existencia no puede cumplirse en los juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente, parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 del Convenio”⁴⁵.

En casos posteriores, el Tribunal Europeo reiteró esta doctrina para proteger el derecho a la libre expresión de periodistas que habían dirigido duras críticas contra integrantes de la magistratura.

En tal sentido, en el caso “**De Haes y Gijssels v. Bélgica**” (sentencia del 24.2.1997), los denunciados ante el Tribunal Europeo, de profesión periodistas, habían sido condenados civilmente por los tribunales nacionales en razón de haber publicado una serie de artículos en los cuales habían criticado a los jueces de un tribunal de apelación belga “en términos virulentos” por haber otorgado la custodia de los hijos de un matrimonio, en un juicio de divorcio, al padre a pesar de que existía una denuncia penal de incesto contra aquel, que había sido desestimada por la justicia penal.

El Tribunal Europeo resolvió que la condena de los denunciados era violatoria del derecho a la libre expresión reconocido en la Convención Europea: “... *el Tribunal reitera que la libertad de expresión resulta aplicable no solo a la ‘información’ o a las ‘ideas’ que son recibidas favorablemente o que son consideradas inofensivas o que causan indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, conmueven o perturban al Estado o a algún sector de la comunidad. Además, la libertad periodística también cubre la posible utilización de cierto grado de exageración o aún de provocación...*

“47. Examinadas a la luz de este caso, las acusaciones en cuestión configuran una opinión cuya verdad, por definición, no es susceptible de prueba. Sin embargo, tal opinión puede llegar a ser excesiva, *en particular, cuando no existe ninguna base fáctica, pero ello no ocurrió en el presente caso...*

“48. Si bien los comentarios de los señores De Haes y Gijssels eran indudablemente severamente críticos, *parecen empero proporcionados a la conmoción e indignación que causaron las cuestiones mencionadas en sus artículos.* En lo que respecta al tomo polémico y hasta agresivo de los periodistas, respecto de los cuales no debe suponerse que es aprobado por este Tribunal, debe ser recordado que el artículo 10 protege no solo la sustancia de las ideas y de la información expresada sino también la forma en la cual aquellas son expresadas...”; (el énfasis ha sido agregado).

La Corte Suprema de los Estados Unidos también ha enunciado el mismo principio, respecto de la distinción entre “hechos” y “juicios de valor” en el caso “**Gertz v. Robert Welch Inc**” (418 U.S.323 -1974):

⁴⁵ El texto de este fallo ha sido extraído de Bianchi/ Gullco, op.cit., págs.244/248. Nota del autor.

“Bajo la Primera Enmienda⁴⁶, no existen ideas falsas. Por más perniciosa que pueda parecer una opinión, no dependemos de los jueces y jurados para que aquélla sea corregida sino de la competencia con otras ideas. Pero no existe un valor constitucional en una afirmación fáctica falsa. Ni la mentira intencional ni el error material imprudente promueven el interés de la sociedad en un debate ‘deshinibido, robusto y abierto’ de temas de interés público. Pertenecen a una categoría de afirmaciones que ‘no forman parte esencial de una exposición de ideas y poseen tan escaso valor social como un avance hacia la verdad que cualquier beneficio que pueda derivarse de aquellos es claramente desplazado por el interés social en el orden y la moralidad sociales’...”⁴⁷

La mencionada distinción también aparece receptada en algunas opiniones de la Corte Suprema argentina. Así, en el caso “**Gorvein c. Amarilla**” (Fallos: 321:2558), resuelto en 1998, los jueces Petracchi y Bossert señalaron lo siguiente en su voto concurrente:

“Que el propio contenido del estándar expuesto en la última parte del considerando anterior [**es decir, la doctrina de “New York Times v. Sullivan”**]⁴⁸ establece sus límites de aplicación: *en la medida en que él tiene por fin el impedir la propalación de aseveraciones fácticas falsas o inexactas, resulta inaplicable a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor.*

“En otras palabras, sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de ‘New York Times v. Sullivan’. Ello es así, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, no es posible predicar verdad o falsedad.

⁴⁶ La Primera Enmienda de la Constitución Estadounidense tutela el derecho a la libre expresión; está redactado en términos similares a los del arts.32 de la Constitución Nacional y ha servido de fuente a esta última cláusula (conf. Bianchi/Gullco, op.cit., pag. 183, nota 60). Nota del autor.

⁴⁷ La Corte Argentina ha citado aprobatoriamente el caso “Gertz” en varias ocasiones con el objeto de determinar cuál era el estándar de culpabilidad que debía acreditar el actor o el querellante para obtener una sentencia de condena respecto del informador (ver, entre otros, casos “Costa”, Fallos: 310:508; “Vago”, Fallos: 314:1517; “Ramos”, Fallos: 319:3428; “Kimel”, Fallos: 321:3596; “Gorvein”, Fallos: 321:2558; “Petrovic”, Fallos: 325:1227 y “Menem”, Fallos: 326:2491. Ver, asimismo, la nota siguiente. Nota del autor.

⁴⁸ Fallo de la Corte Suprema estadounidense de 1964 (376 U.S. 254). Como se sabe, en ese precedente, el citado tribunal resolvió, con base en la mencionada Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, que no era responsable civilmente el medio de prensa que había publicado una noticia inexacta que afectaba el honor de un funcionario si éste no acreditaba que el autor de la información sabía que ésta era falsa o, al menos, había actuado con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia. Tradicionalmente, los principios enunciados en este caso son conocidos como la “doctrina de la real malicia”. El mencionado caso “Gertz” constituye una ratificación y reelaboración de la citada doctrina. La Corte argentina adoptó la doctrina de la “real malicia” a partir del caso “Costa” (Fallos: 310:508), resuelto en 1987, y la ha mantenido en decisiones recientes (conf. caso “Guerineau c. La Gaceta S.A.”, sentencia del 15.4.2004, L.L. 2004-D, 364). Los orígenes y desarrollos de la doctrina de la “real malicia” en la jurisprudencia y en la doctrina aparecen ampliamente reseñados en el voto de la jueza Kemelmajer de Carlucci de la Sala 1º de la Suprema Corte de la Pcia.de Mendoza en el caso “Díaz Peralta v. Mendoza 21 S.A.” (sentencia del 18.9.2003, publicada en *LexisNexis Online*). Nota del autor.

“Con relación a este último tipo de manifestaciones han de formularse criterios adecuados de ponderación. Aun cuando se trate, como en el sub examine, de opiniones referidas a temas de interés público y que afectan el honor de funcionarios públicos -ámbito éste donde la libertad de expresión se extiende con mayor amplitud-, no es posible sostener la impunidad absoluta de la prensa” (considerando 9º; el énfasis ha sido agregado).

Los nombrados magistrados, luego de reseñar la jurisprudencia comparada aplicable al caso, agregaron:

“... especialmente en los casos de crítica política, o en los que se censuran u observan actos de los poderes públicos o de quienes actúan por éstos, deben considerarse con especial cautela los efectos posibles de una decisión judicial condenatoria, en el sentido de que ella pueda generar futuros actos de indeseada autocensura. Por tanto, el reproche jurídico sólo puede tener lugar en supuestos en los cuales con él no se resienta el interés preponderante relativo a que la crítica de la actividad de los funcionarios y de la marcha de los negocios de la Nación alcance estado público. Este interés capital exige un alto grado de tolerancia ante la opinión dispar y ante los exabruptos propios de toda discusión calurosa.

“El criterio de ponderación deberá estar dado, pues, por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. En otras palabras, no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada.

“Por último, cabe agregar que no es determinante la presencia de una mala intención o de motivos viles o disvaliosos; *antes bien, se trata del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición en nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia*” (voto citado, considerando 13º; el énfasis ha sido agregado)⁴⁹.

c) Si bien la Corte Interamericana no lo incluyó expresamente como un criterio integrante de la doctrina elaborada en el caso, resulta claro que también resultó relevante en su solución la circunstancia de “... 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

⁴⁹ Es interesante advertir que, además de intentar establecer una pauta constitucional respecto de cuáles juicios de valor se encuentran constitucionalmente protegidos, el voto transcrito también formula un punto muy importante: la doctrina de la “real malicia”, que surge del precedente “New York Times v. Sullivan”, sólo es relevante en los casos de afirmaciones de *hecho*, es decir de aquéllas que puedan ser acreditadas como verdaderas o falsas; en cambio, nada tiene que ver aquélla en los casos de juicios de valor, como el de los casos examinados en este capítulo. Esta importante distinción no ha sido advertida muchas veces por la jurisprudencia nacional (conf. para un ejemplo de este equívoco, el voto concurrente de los jueces Fayt y Boggiano en el mencionado caso “Kimel”; Fallos: 321:3596). Nota del autor.

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'..." (fallo cit., parr.82).

d) Por otra parte, más allá de que, como vimos, las manifestaciones del periodista fueron consideradas por la Corte Interamericana como "juicios de valor" y no como "afirmaciones de hecho", es posible sostener que algunas de las consideraciones elaboradas por el Tribunal en el caso también son aplicables a estos últimos. Así, la Corte recordó 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" (fallo cit., parr.79). Es decir, en forma similar a lo establecido por la doctrina de la "real malicia", la Corte Interamericana considera que la falsedad de las afirmaciones fácticas no es decisiva⁵⁰ a los fines de imponer responsabilidad al informador; lo relevante sería, en cambio, la diligencia demostrada por aquél en la búsqueda de la verdad antes de difundir la información respectiva⁵¹.

e) Finalmente, no resulta muy claro el alcance del mandato impuesto al Estado argentino por la Corte Interamericana en el sentido de subsanar "... 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" (fallo cit., parr.18, 66 y 128) ya que en su fallo no explica específicamente en que

⁵⁰ Al menos en casos como el presente, que se vinculan con críticas a funcionarios públicos por su actuación en temas de innegable interés público. Nota del autor.

⁵¹ El Tribunal Europeo ha adoptado una doctrina similar al concluir que se encontraban amparadas por el derecho a la libre expresión a ciertas afirmaciones fácticas que afectaban el honor de un tercero en temas de interés público con independencia de que fueran verdaderas o falsas. En esos casos, se señaló nuevamente que lo decisivo, al momento de determinar si el informador se encontraba o no tutelado por el citado derecho, era si sus afirmaciones tenían alguna "base objetiva" de forma tal de permitir concluir que aquel había actuado de "buena fé" respecto de la veracidad de aquellas (ver, en tal sentido, la decisión del Tribunal Europeo, casos "**Bladet Tromso y Steensas v. Noruega**"⁵¹, sentencia del 20.5.1999, párr. 72 y, asimismo, la decisión del mismo tribunal en el caso "**Bergens Tidende y otros v. Noruega**", sentencia del 2.5.2000, parr. 59 y 60). Ello a su vez es coincidente con la interpretación que, del concepto de "información veraz" utilizado en el art.20 "d" de la Constitución española, ha recibido de la jurisprudencia de ese país: "La veracidad informativa exige, pues diligencia, esmero y profesionalidad pero no inhabilidad, es decir, el profesional de la información puede, como todo ser humano en su profesión, equivocarse. El origen de esta línea jurisprudencial lo encontramos en la célebre sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *New York v. Sullivan* de 1964" (David Ortega Guitérrez, "**Derecho a la información versus Derecho al honor**", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs.124/125). Esta posición aleja definitivamente a la jurisprudencia constitucional dominante de la posibilidad de imputar responsabilidad al informador (al menos en casos que involucren a funcionarios públicos o a temas de interés públicos) por el mero hecho de haber difundido una información inexacta, sin importar su grado de reprochabilidad. La posición que defiende posibilidad de imputar objetivamente responsabilidad legal al informador no es rara en la doctrina civilista argentina (para un ejemplo de esta posición, ver a Ramón Pizarro, "**Responsabilidad por la expresión de ideas y opiniones agraviantes vertidas por la prensa: el factor de atribución**", J.A. 1999-II-175). Nota del autor.

consistiría la citada "...falta de precisiones suficientes...". De cualquier forma, se podría sostener que la obligación del Estado quedaría satisfecha con una reforma del Código Penal argentino en la que se establezca que no son punibles los juicios de valor respecto de funcionarios públicos, en temas de interés público, en tanto aquéllas posean una base fáctica veraz, no contengan consideraciones "ultrajantes" para la persona del funcionario y que no carezcan de vinculación con las funciones específicas de aquél.

Los límites de la doctrina enunciada en el caso "Kimel": la posibilidad de seguir criminalizando el ejercicio de la libertad de expresión

El examen de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Kimel" muestra un intento de compatibilizar la represión penal de las injurias y calumnias con los principios constitucionales sobre el derecho a la libre expresión, sin llegar, empero, a resolver que tales normas son, en todos los casos, incompatibles con el art. 13 de la Convención Americana. Tal como expresamente se señaló en el caso: "... La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones..." (fallo "Kimel", cit., parr.78; transcripto en el punto 4 de este comentario).

Esta posición se apartó de la defendida en el caso por el juez García Ramírez en su mencionado voto concurrente⁵², quien adoptó una posición mucho más crítica acerca de la existencia de tipos penales que castigaban las injurias y calumnias:

"18. El Estado ha reconocido que su ordenamiento regula de manera inadecuada los tipos penales que pudieran resultar aplicables a la materia que ahora examino: '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 sobre Derechos Humanos' (párr. 18 de la Sentencia en el *caso Kimel*), esto es, la adecuación del marco jurídico nacional al deber de garantía que establece el artículo 1.1 de la Convención. En mi voto concurrente a la Sentencia del *caso Herrera Ulloa* me he ocupado de este tema y he sostenido que antes de discurrir sobre la mejor o peor formulación de tipos penales con los que se pretende combatir los excesos en el ejercicio del derecho a la expresión por parte de periodistas --que fue el tema en *Herrera Ulloa*, y vuelve a serlo, en alguna medida, en *Kimel*--, es preciso resolver si la vía penal constituye el medio adecuado --por único, necesario o siquiera conveniente-- para proveer la reacción jurídica que merece una conducta indebida en este ámbito.

19. Creo que la vía penal no es ese medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomo en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que se pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin, en forma que resulta: a) consecuente

⁵² En el restante voto concurrente (juez García-Sayán), se adoptó un criterio muy similar al de la mayoría. Nota del autor.

necesariamente de eficacia--, no debiera olvidar que hay otras posibilidades, que conviene mantener abiertas y activas, 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” (caso “Kimel”, voto del juez García Ramírez).

Conclusión

Hemos visto que, entre las medidas reparatorias que el Estado Argentino debía otorgar en el presente caso, se encontraba la de adecuar su legislación interna (en el caso, los arts.109 y 110 del Código Penal Argentino) a las pautas desarrolladas por la Corte Interamericana.

Sin embargo, sería un error suponer que dicha adecuación le corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación el cuál, por disposición constitucional, tiene la exclusiva facultad de sancionar el citado código penal⁵³.

En realidad, hasta tanto el Congreso no realice la citada adecuación, le corresponderá especialmente a los poderes judicial federal y provinciales de nuestro país ajustar, en los casos concretos que se le presenten, a los citados arts.109 y 110 del Código Penal con los principios desarrollados por la Corte Interamericana en el caso “Kimel”.

En tal sentido, debe recordarse que recientemente ese tribunal desarrolló principios muy importantes acerca del rol fundamental que tienen los tribunales en implementar los principios desarrollados por aquél al interpretar las cláusulas de la Convención Americana. Fue así que en el caso **“Almonacid Arellano y otros v. Chile”** (sentencia del 26.9.2006) la Corte Interamericana, luego de señalar que ella era “... consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, agregó, sin embargo, que “... cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (parr.124; el énfasis ha sido agregado).

Es por eso que corresponderá, de ahora en más, a los abogados que litiguen casos vinculados con el ejercicio a la libre expresión recordar a los tribunales nacionales la existencia de los principios desarrollados por la Corte Interamericana en “Kimel” con el objeto de trazar un límite adecuado a la facultad estatal de imponer responsabilidad (ya sea civil o penal) en este tipo de casos.

⁵³ Art. 75, inc.12, de la Constitución Nacional. Nota del autor.