

LA REFORMA A LOS DELITOS CONTRA EL HONOR A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Por Nicolás Sosa Baccarelli y Santiago Petra

SUMARIO: I- Nuestro propósito. II- Introito. III- La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. IV- Clases de discursos: simplemente protegidos, especialmente protegidos y excluidos de protección. V- Restricciones legítimas e ilegítimas al derecho a la libertad de expresión. La respuesta penal. VI- El caso Kimel. VII- La libertad de expresión frente al caso Kimel: ¿una victoria pírrica? VIII- Efectos del caso Kimel sobre la llamada “vía penal” en Argentina.

“Raros tiempos de felicidad aquellos en que se puede sentir lo que se quiere y decir lo que se siente”

Tácito

I- Nuestro propósito

El 18 de noviembre de 2009 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.551. Esta norma introdujo al Código Penal argentino profundas reformas en materia de delitos contra el honor. Entre ellas, se encuentra la despenalización de las expresiones sobre asuntos de interés público y las que no sean asertivas, así como también, en el resto de los casos, la supresión de la pena de prisión y su sustitución por la de multa¹.

A dos años de la sanción de esta ley creemos oportuno reflexionar sobre la situación de la libertad de expresión en Argentina y en el continente americano. Nos parece útil ensayar una sistematización de los parámetros que en este ámbito han fijado los organismos interamericanos de protección de derechos humanos. Luego, analizaremos los efectos de los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema IDH) sobre la llamada “respuesta penal” dentro del ordenamiento jurídico argentino.

II- Introito

La razón y la cultura son peculiaridades del hombre. El pensamiento es un resultado de la razón, y encuentra en la expresión su vehículo, su fuerza, su energía y su materialización.

¹ Ver SOSA BACCARELLI, Nicolás, “*Delitos contra el honor. Aportes para un análisis de la reforma de la ley 26.551 al Código Penal argentino*” en Revista Pensamiento Penal, Edición 124 - 16/05/11, disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina05_2.pdf

Pero también por sus cauces el hombre vierte sus sentimientos, emociones y estados anímicos. De esta forma, se hace fácil comprender el aforismo según el cual el hombre es tan sólo la mitad de sí mismo, pues la otra mitad es su expresión. En síntesis, podríamos afirmar que la historia de la cultura de la humanidad es la historia de la expresión humana. Ésta es la razón de ser de la protección que los Estados deben dispensar a este derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos decir que el derecho a la libertad de expresión tiene, como todos los derechos, sus límites. El honor y la dignidad personales son también un patrimonio preciado y protegido por la ley. La seguridad nacional, el orden y la moral públicos, la salud y las informaciones confidenciales, constituyen otras limitaciones. La coexistencia pacífica entre estos bienes jurídicamente tutelados y la libertad de expresión depende de un legislador sabio y un juez prudente. A veces la balanza se inclinará hacia un lado, otras veces hacia el otro.²

III- La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Sabido es que desde 1994 el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional, entre otros instrumentos, a la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), conocida también con el nombre de Pacto de San José de Costa Rica. De allí la importancia de examinar su letra, su espíritu y la jurisprudencia de los organismos que velan por su cumplimiento. Este tratado internacional consagra el derecho de pensamiento y de libertad de expresión en su artículo 13.³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha hecho notar en numerosas oportunidades la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión. Este derecho presenta una dimensión individual, consistente en la facultad de cada persona de expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social,

² Sobre el tema de la armonización de los derechos puede consultarse TOLLER, Fernando, Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 419 y ss.

³ El artículo 13 de la Convención señala en lo pertinente:

“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. [...]”

que se traduce en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada.⁴

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 2009, señala que la importancia de la libertad de expresión deriva, entre otras razones, de sus tres funciones, las cuales se pueden denominar función individual, función democrática y función instrumental.⁵

La primera de ellas consiste en la protección del derecho a pensar por uno mismo, y a exteriorizar dichos pensamientos, emociones, ideas y todo lo que nuestro potencial intelectual y artístico es capaz de producir.

La segunda función versa sobre la relación estructural del derecho a la libertad de expresión con la democracia.⁶ El devenir de la historia ha demostrado que la consolidación de los sistemas democráticos en el mundo depende de una opinión pública informada, capaz de desempeñar con responsabilidad los actos que la vida en democracia implica, así como de ejercer un control crítico sobre la gestión pública. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que la función democrática de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios y facilitar la autodeterminación personal y colectiva.⁷ A tal punto es esto así, que el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana caracteriza la libertad de expresión y la libertad de prensa como “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”.

⁴ Ver Corte I.D.H., *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 No. 5, párr. 30; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75; Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163.

⁵ Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA, p. 224.

⁶ Ver Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70; *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 85; *Caso Herrera Ulloa*, párr. 112; *Caso de Ricardo Canese*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82. Ver también Aguiar, Asdrúbal, *La libertad de expresión y prensa. Jurisprudencia Interamericana (1987-2009)*, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2009, p. 9 y ss.

⁷ Ver Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70; *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 85; *Caso Herrera Ulloa*, párr. 116; *Caso de Ricardo Canese*, párr. 86; y *Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros v. Chile)*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*. México. 19 de noviembre de 1999, párr. 46.

En síntesis, dicho con palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), “una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma.”⁸

Por último, en su función instrumental, la libertad de expresión se revela como un medio de ejercicio de los demás derechos fundamentales. Nos referimos al derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad, no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino también como derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos. Por esta razón, en términos de la Comisión Interamericana, “la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos.”⁹

IV- Clases de discursos: simplemente protegidos, especialmente protegidos y excluidos de protección.

En principio, cualquier expresión se encuentra dentro de la categoría de los discursos simplemente protegidos. Ello, por la tutela otorgada por el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la CADH, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Esta formulación se ha llamado *presunción general de cobertura* y está relacionada con la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos de los discursos. Así, debe velar por la libre circulación no sólo de la información que puede resultarle indiferente, sino también de aquella que ofende, choca o inquieta al Estado o a cualquier sector de la población.¹⁰

Existen ciertos contenidos a los que la CIDH ha denominado discursos excluidos de protección. Dicho esto con mayor claridad, se trata lisa y llanamente de expresiones prohibidas por diversos tratados de derechos humanos. Ellos son únicamente: “apología de la

⁸ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. III, párr. 10.

⁹ CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. *Hugo Bustíos Saavedra*. Perú. 16 de octubre de 1997. Párr. 72.

¹⁰ Ver *Caso Herrera Ulloa*, párr. 113.

violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios¹¹, incitación pública y directa al genocidio¹² y pornografía infantil¹³”.¹⁴

Existen también algunos contenidos que gozan de un especial nivel de tutela. Éstos son:

- a) Discursos políticos y sobre asuntos de interés público.¹⁵
- b) Discursos sobre funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos.¹⁶
- c) Discursos que configuran elementos fundantes de la identidad o dignidad personales.¹⁷

Cuando se está frente a este tipo discursivo, se fortalece la protección y se tornan más exigentes los requisitos que deben concurrir para justificar su restricción. No debe pensarse que existen requisitos adicionales; son los mismos que para los discursos simplemente protegidos, sólo que apreciados con mayor rigor.

El problema del honor de los funcionarios públicos frente a la libertad de expresión ha tenido amplio desarrollo en la jurisprudencia de los organismos del sistema. En él se encuentran en juego dos bienes jurídicos tutelados: por un lado, la libertad de expresión de una prensa que ejerce – y debe hacerlo- un control de los actos públicos; por otro, la dignidad y el honor de hombres y mujeres que ocupan cargos públicos, pero no por ello se encuentran fuera del ámbito de protección de sus derechos. En esta problemática la Corte IDH, siguiendo los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que “el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones [...]. Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el

¹¹ CADH, art. 13.5.

¹² Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. III, inc. C.

¹³ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 34, inc. C; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; Convenio n° 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, art. 3, inc. B; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19.

¹⁴ Ver *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, Relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, párr. 21.

¹⁵ Ver *Caso Herrera Ulloa*, párr. 127; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 121; Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 86.

¹⁶ Ver Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 86.

¹⁷ Ver *Caso López Álvarez*, párr. 171.

funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.”¹⁸ La Corte IDH ha reconocido expresamente que, en el examen de proporcionalidad de la sanción, se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones públicas gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad.¹⁹ También ha aclarado que esta menor cobertura al honor del funcionario público no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.²⁰ Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.²¹

V- Restricciones legítimas e ilegítimas al derecho a la libertad de expresión. La respuesta penal.

Enseña Gregorio Badeni que ningún derecho es absoluto, ni siquiera el derecho a la vida.²² En este sentido, si bien la censura previa se encuentra prohibida a tenor del artículo 13.2 de la CADH (con la excepción del supuesto del art. 13.4²³), en virtud de esta misma disposición los abusos en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión pueden ser sujetos a las denominadas responsabilidades ulteriores. Éstas pueden ser de índole civil, penal o incluso administrativas, aunque siempre deben ser previstas por ley. Y según se lee en el mismo artículo 13, solamente pueden ser impuestas para asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

¹⁸ *Caso Tristán Donoso*, párr. 122.

¹⁹ Ver *Caso Herrera Ulloa*, párr. 128; *Caso Kimel*, párr. 86; *Caso Ricardo Canese*, párr. 103.

²⁰ Ver *Caso Herrera Ulloa*, párr. 129; *Caso Kimel*, párr. 86; *Caso Palamara Iribarne*, párr. 92.

²¹ Ver *Caso Herrera Ulloa*, párr. 113.

²² Ver BADENI, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 21.

²³ Artículo 13 inc. 4 de la CADH: “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”.

La CIDH y la Corte IDH han venido consolidando una clara línea jurisprudencial en lo referido a los requisitos para que una restricción al derecho que estudiamos sea considerada legítima a los fines de la CADH.

En este punto, como en tantos otros, el Tribunal de San José ha abrevado en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, adoptando el test de convencionalidad por ella utilizado.²⁴ Según éste, para que una restricción a la libertad de expresión sea admisible en los términos de la CADH, es menester verificar el cumplimiento de tres requisitos:

- a) Que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material.
- b) Que persiga objetivos autorizados por la Convención.
- c) Que satisfaga un examen de proporcionalidad en sentido amplio. Éste incluye la comprobación de la idoneidad de la restricción para alcanzar los fines autorizados, su necesidad imperiosa en una sociedad democrática, y la estricta proporcionalidad de la medida frente a la finalidad perseguida. Vale advertir que la necesidad y la estricta proporcionalidad están tan estrechamente vinculadas, que bajo estos títulos se han analizado a veces las mismas cuestiones.

La restricción que ha suscitado mayores discusiones ha sido la llamada “respuesta penal”. Cuando un Estado impone una pena en razón de un abuso en el ejercicio del derecho a expresarse libremente, invocando fines lícitos y también protegidos, como puede ser el derecho a la honra consagrado en el artículo 11 de la CADH, se plantea un interrogante: más allá de su conveniencia o inconveniencia *¿es la sanción de naturaleza penal, contraria a la letra e interpretación de la CADH?* De la redacción de dicho instrumento no surge directamente una respuesta a esta pregunta. Por ello, es importante analizar qué se ha dicho al respecto en otros instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el art 13 de la CADH.

La única referencia normativa expresa que existe en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre este punto es el artículo 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la CIDH. En ella se impugna la llamada “vía penal” en un supuesto específico en los siguientes términos: “(...) *La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea*

²⁴ ECHR, *Mamère v. France*, no.12697/03, 2006, § 27; ECHR, *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 46; ECHR, *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, 2004-XI, § 115.

un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público (...)”. No obstante, es dable advertir que la norma citada no genera obligaciones internacionales, por lo cual no podría generar responsabilidad internacional de un Estado.²⁵

Si los instrumentos del Sistema IDH no nos dan la respuesta, veamos qué ha dicho la jurisprudencia. Para ello, examinaremos el caso Kimel contra Argentina resuelto por la Corte IDH el 2 de mayo de 2008.

VI- El caso Kimel.

El caso Kimel ha marcado un verdadero hito jurisprudencial con implicancias muy profundas en el derecho interno argentino y en el derecho internacional de los derechos humanos. Este pronunciamiento ha demostrado ser un nuevo jalón en la historia de la conflictiva relación entre las obligaciones internacionales contraídas en materia de derechos humanos y el derecho interno de los Estados, no siempre respetuosos de éstas. Esto se debe a que nunca antes la Corte IDH había dado precisiones tan minuciosas acerca de temas como la tipificación penal, las formas de sanción, el dolo, llegando a pronunciarse, incluso, sobre cargas probatorias.

El señor Eduardo Gabriel Kimel era un periodista, escritor e investigador histórico, dedicado a la historia política argentina. En 1998 publicó su libro *La masacre de San Patricio*. Se trataba de una investigación sobre el asesinato de tres sacerdotes palotinos y dos seminaristas en 1976. En dicha obra el señor Kimel efectuó una crítica de la actuación del Poder Judicial argentino en la investigación del caso. Puntualmente el periodista señaló: *“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 juez [...] 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”*.²⁶

²⁵ Sobre este punto puede leerse con provecho DEL TORO HUERTA, Mauricio, *“El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”* en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, 2006, p. 537 y ss.

²⁶ Ver KIMEL, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Buenos Aires, Ediciones Lohlé-Lumen, segunda edición, p. 125.

En octubre de 1991 el magistrado que había entendido en el caso promovió una querrela criminal contra del periodista por el delito de calumnia.

La jueza de primera instancia desechó la posible comisión de calumnia y entendió que se había cometido el delito de injuria. En atención a ello, condenó a Kimel a la pena de un año de prisión en suspenso y al pago de veinte mil pesos en concepto de indemnización del daño moral ocasionado al querellante. Según la magistrada, “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 agravada por el alcance masivo de la publicación-”.

Esta sentencia condenatoria fue revocada en noviembre de 1996 por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Allí se dijo que “actualmente no puede concebirse un periodismo dedicado a la tarea automática de informar sin opinar”. Más adelante, se lee que no advirtiendo dolo en la conducta de Kimel correspondía “desechar la intención de Kimel de atacar en forma manifiesta un honor ajeno.”

En diciembre de 1998 la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el fallo de la Cámara. Sostiene Gregorio Badeni en su comentario al fallo que narramos que el máximo tribunal procedió a revocar la sentencia del *a quo* sobre la base de la existencia de una conducta dolosa de injuriar, que se evidenciaba en el contraste de dos elementos: por un lado, la propia manifestación de Kimel en orden a que había realizado una profunda y minuciosa investigación sobre el episodio narrado en su libro, y por otro lado, el hecho de no haberse referido a la negativa reiterada del juez para disponer el sobreseimiento provisional en la causa, pese a los requerimientos formulados por el fiscal.²⁷

Finalmente, se condenó a Kimel a un año de prisión por el delito de calumnia y al pago de 20.000 pesos por indemnización de daño moral.

El 6 de diciembre de 2000 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sustanciado el procedimiento de admisibilidad, la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte.

En su escrito de contestación de demanda el Estado efectuó un reconocimiento de responsabilidad sobre la violación al derecho a la libertad de expresión, entre otros. El 2 de

²⁷ Ver BADENI, Gregorio, *El caso Kimel: libertad de expresión y despenalización de la injuria*, LL. t. 2008- c, p. 684.

mayo de 2008 la Corte IDH condenó a la Argentina por la violación al derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la CADH, y por incumplimiento del principio de legalidad receptado en su art. 9 y de la exigencia de plazo razonable en los términos del art. 8.1. Todos en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

VII- La libertad de expresión frente al caso Kimel: ¿una victoria pírrica?

Luego de la lectura del fallo, podemos sacar en limpio algunos puntos que consideramos esenciales y otros que, a más de eso, creemos novedosos dentro del derrotero jurisprudencial que los órganos del Sistema Interamericano vienen transitando.

Uno de ellos es que se fijan pautas específicas mediante las cuales debe apreciarse los requisitos de necesidad y estricta proporcionalidad, que, como hemos dicho, integran el examen de proporcionalidad en sentido amplio. Éstas son:

- a) Extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor.
- b) Dolo con que actuó el emisor.
- c) Características del daño injustamente causado.
- d) Carga probatoria en cabeza de quien acusa.
- e) Otros datos que pongan de manifiesto la necesidad excepcional de adoptar medidas penales.²⁸

En relación al dolo del autor, el juez Diego García Sayán en su voto concurrente, se refiere a “la conciencia, voluntad de calumniar, difamar o injuriar” que debe existir en la conducta. En ausencia de ellas, sigue diciendo el magistrado, se estaría ante actos atípicos.²⁹ Dicha exigencia no es otra que la del dolo específico, reprobado por parte de la doctrina argentina anterior a la reforma que nos ocupa. Esta tesitura recién fue acogida expresamente por la Corte IDH en el caso *Usón Ramírez contra Venezuela*, al pronunciarse sobre el delito de Injuria a la Fuerza Armada Nacional, consagrado en el Código de Justicia Militar venezolano.³⁰

²⁸ Ver *Caso Kimel*, párr. 78.

²⁹ Ver *Caso Kimel*, Voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 22.

³⁰ Ver *Caso Usón Ramírez*, párr. 56.

Por su parte, en el caso específico de declaraciones vertidas por periodistas, debe meritarse el deber de “constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones”, puesto que “resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información.”³¹

Pero... ¿constituye acaso el precedente Kimel una batalla ganada por la Comisión Interamericana? ¿Adoptó la Corte IDH la posición que la CIDH esperaba o procuraba de ella? A primera vista, el caso Kimel parecería ser un antecedente jurisprudencial favorable al derecho a la libertad de expresión frente a la honra y la dignidad de los particulares tuteladas en el art. 11 de la CADH. Sin embargo, a poco que se reflexiona sobre este punto puede advertirse que las cosas son bien diferentes de lo que parecen. Así, la argumentación del fallo es en cierto punto desconcertante. Primero, el tribunal repite lo que ha venido sosteniendo en sentencias anteriores en los casos Canese contra Paraguay y Palamara Iribarne contra Chile.³² En éstos afirmó que en una democracia la intervención penal ha de ser mínima, por cuanto el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. Pese a esta ponderación, a continuación da el visto bueno a la vía penal fijando las condiciones de su procedencia.³³

Aquí se ve claramente que el Tribunal de San José se ha apartado de las recomendaciones de la CIDH referidas a la previsión de responsabilidades ulteriores de índole no penal. La CIDH se venía pronunciando, -y aún hoy lo hace- en contra de la vía penal para sancionar delitos contra el honor cuando fueren cometidos mediante discursos concernientes a asuntos de interés público. De hecho, así reclamó se declarase en el caso Kimel.³⁴ Empero, la Corte IDH optó por imitar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aceptando la respuesta penal aun frente a esta clase de discursos.³⁵

La Corte es muy clara al aceptar la vía penal: “la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es

³¹ *Caso Kimel*, párr. 79.

³² Ver *Caso Kimel*, párr. 76.

³³ Ver *Caso Kimel*, párr. 78.

³⁴ Ver *Caso Kimel*, párr. 72.

³⁵ Ver *Caso Kimel*, párr. 78. Allí se cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR, *Mamère v. France*, no. 12697/03, 2006, § 27; ECHR, *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 46; ECHR, *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, 2004-XI, § 115.

idóneo porque sirve al 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.”³⁶Y sigue diciendo la Corte, en cuanto a la necesidad y la estricta proporcionalidad aludidas, que “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”³⁷ que afecten la reputación de terceros, siempre, claro está, dentro de las reglas antes enunciadas.

Resulta evidente que, a juzgar por los estándares sobre libertad de expresión que la CIDH procura establecer en América, el caso Kimel, lejos de significar un paso adelante, representa dos hacia atrás. La vía penal sigue en pie.

VIII- Efectos del caso Kimel sobre la llamada “vía penal” en Argentina.

Como ya ha sido explicado, la ley 26.551 eliminó la sanción penal para expresiones sobre temas de interés público, manteniéndola en el resto de los supuestos, pero ya no en la especie de prisión, sino de multa. La pregunta que cabe hacerse es: *¿es esta modificación legislativa lo que exigió el Tribunal de San José a nuestro país en el caso Kimel?* Pensamos que la respuesta es la negativa. Creemos, por el contrario, que esta decisión del legislador argentino responde más a una asimilación de los criterios de la CIDH que de los de la Corte IDH. En efecto, el Tribunal interamericano ordenó “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 (...) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”³⁸ Las imprecisiones mencionadas versan sobre el modo en que se encuentran reguladas las figuras de calumnia e injurias, el cual por falta de precisión da vía libre para que los tribunales argentinos fallen con criterios discrecionales, fomentado el dictado de numerosas sentencias violatorias a la libertad de expresión.³⁹ Como se ve, la Corte IDH no ordenó la supresión de la vía penal. Tampoco impugnó la pena privativa de libertad como forma de

³⁶ *Caso Kimel*, párr. 71.

³⁷ *Caso Kimel*, párr. 78.

³⁸ *Caso Kimel*, párr. 140, punto resolutivo 11.

³⁹ Ver *Caso Kimel*, párr.88, 127 y 128.

sanción. Simplemente requirió la subsanación de las vaguedades de los tipos. No obstante, la Argentina hizo más de lo pedido, y abrogó la sanción punitiva para las expresiones en temas de interés público, acogiendo así las pretensiones que la CIDH, sin éxito, invocó ante la Corte IDH. Y avanzando aún más, respecto de discursos que no reúnan dicha calidad degradó la pena de prisión en pena de multa.

La solución punitiva fue notoriamente acotada, mas no suprimida. No es ocioso señalar que hay quienes propugnan la abolición absoluta de la respuesta penal, y dudan inclusive de la convencionalidad de la civil.⁴⁰ Incluso la propia Comisión, sin llegar a posiciones tan radicales, desde hace un tiempo viene manifestando preocupación por las sanciones provenientes del derecho privado.⁴¹ De hecho, en su Informe Anual de 2009, tras aplaudir las modificaciones de la ley 26.551 (sin hacer objeciones sobre la pena de multa), reconvino a la Argentina por el tratamiento que a este tema se le da en la legislación civil, dada la falta de límites ante el eventual uso desproporcionado de las “sanciones pecuniarias” que podrían convertirse en un medio indirecto de censura.⁴² El último informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, resume el panorama observado en el continente, señalando que ha constatado la existencia de normas penales en algunos Estados miembros, “que continúan sin adecuarse a los estándares interamericanos en materia de protección a la libertad de expresión, y que permiten la imposición de medidas desproporcionadas que pueden tener un efecto silenciador incompatible con una sociedad democrática.” Asimismo reitera “la necesidad de adecuar las normas en materia civil para evitar el uso desproporcionado de las sanciones pecuniarias.”⁴³

⁴⁰ Ver BERTONI, Eduardo A. en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década. Compiladores: Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis. 1° Edición Del Puerto, CELS, 2006, p. 904 y ss. Ver también ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Del Puerto- CELS, 1997.

⁴¹ Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994. Capítulo V: *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Título IV: Conclusión. En el mismo sentido: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. 3, párr. 103; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. 2, párr. 115.

⁴² Ver CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. 2, párr. 9.

⁴³ Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI: *Conclusiones y recomendaciones*. P. 362 y ss.

Como puede verse, la próxima batalla se librará ya no en campos del derecho penal sino en terreno civil.