

Título: El caso Kimel: Libertad de expresión y despenalización de la injuria

Autor: Badeni, Gregorio

Publicado en: LA LEY 09/06/2008, 09/06/2008, 4 - LA LEY2008-C, 684

Cita: TR LALEY AR/DOC/1557/2008

I. Eduardo Kimel es un periodista que, en 1989, publicó el libro titulado "La Masacre de San Patricio". En su obra describió el homicidio de tres sacerdotes palotinos y dos seminaristas en 1976, y comentó los hechos que se suscitaron posteriormente realizando un análisis crítico de la actuación que le cupo al Poder Judicial en el lapso comprendido entre ese año y fines de 1983. Asimismo, sus críticas se extendían al entonces juez Guillermo Rivarola, a cuyo cargo estaba la sustanciación de la causa penal.

Rivarola consideró que la publicación lesionaba su derecho al honor, y el 28 de octubre de 1991 promovió una querrela por calumnias contra Kimel, que quedó radicada ante el juzgado a cargo de la entonces jueza Angela Mónica Braidot.

Si bien la querrela sólo había sido promovida por el delito de calumnias, la jueza interviniente, tras desechar la posible comisión de ese delito, entendió que se había incurrido en el de injurias y condenó a Kimel a la pena de un año de prisión, en suspenso, y al pago de \$ 20.000 en concepto de indemnización del daño moral ocasionado al querellante. En la sentencia, del 25 de septiembre de 1995 (1), la Jueza entendió que el libro contenía una "crítica con opinión, a la actuación de un magistrado", pero "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", concluyendo por admitir los delitos de opinión al resaltar que "Kimel no se limitó a informar sino que además emitió su opinión sobre los hechos en general y sobre la actuación del Dr. Rivarola en particular".

La jueza rechazó la aplicabilidad del estándar de la "real malicia" invocado por la defensa de Kimel, por entender que se trataba de una doctrina de "origen foráneo". Criterio compartido por algunos magistrados, incurriendo en el grave error de no advertir que una doctrina jurídica debe ser analizada a la luz de su viabilidad en el orden jurídico local y prescindiendo de su origen nacional o foráneo. Por otra parte, no percibía que la "real malicia" no es un producto del "common law" desprovisto de toda relación con nuestro derecho codificado porque, cuando fue adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos (2), se declaró la inconstitucionalidad del "common law" en el caso concreto, por vulnerar el derecho a la libertad de expresión contenido en la Enmienda I de la Constitución de aquél país que, es fuente del art. 32 de nuestra Ley Fundamental. La "real malicia" tiene sustento en el derecho constitucional codificado y no en el "common law".

En rigor, la "real malicia" fue una prerrogativa reconocida a los particulares como contracara del privilegio acordado a los gobernantes en "Barr v. Matteo"(3). En el fallo de "New York Times v. Sullivan", en la opinión de la mayoría expuesta por el juez William J. Brennan, se destacó: "En Barr v. Matteo", esta Corte mantuvo que las expresiones de los funcionarios federales eran absolutamente privilegiadas si se hacían dentro del perímetro externo de sus deberes. Los Estados otorgan la misma inmunidad a las expresiones de sus más altos funcionarios, aunque algunos distinguen entre sus funciones menores y limitan el privilegio de que disfrutan. Pero todos coinciden en mantener que todos los funcionarios están amparados, a menos que pueda probarse su real malicia. Se dice que la razón del privilegio oficial es que, de no existir, la amenaza de demandas por daños y perjuicios cohibiría la administración intrépida, vigorosa y efectiva de las normas del gobierno y apagaría los bríos de todos salvo de los más resueltos —o más irresponsables— en el fiel e intrépido cumplimiento de sus deberes. Consideraciones análogas dan pie a este privilegio del ciudadano-crítico. Porque tanto es su deber criticar como lo es del funcionario administrar. Como dijera Madison, el poder de censura lo ejerce el pueblo sobre el gobierno y no el gobierno sobre el pueblo. Los servidores públicos tendrían una preferencia injustificada respecto del público al que sirven si los críticos de la conducta oficial no tuviesen un equivalente adecuado de la inmunidad que se les concede a los funcionarios. Concluimos que la Primera y la Decimocuarta Enmiendas requieren ese privilegio". La referencia a "Barr v. Matteo" también fue expuesta en sus votos por los jueces Hugo Lafayette Black, William Orville Douglas y Arthur Goldberg.

La sentencia de primera instancia, condenando a Kimel, fue revocada el 19 de noviembre de 1996 por la sala

6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (4). En el voto del juez Carlos Alberto González, al cual adhirió el juez Luis Ameghino Escobar, se destacó que Kimel realizó una recopilación de datos sobre el episodio y que "cuando arriba a la sección que atañe a la investigación judicial 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 porque la función periodística se ha desarrollado tan notablemente con el advenimiento de la democracia, que sin duda incide en forma notoria sobre la vida y opinión públicas... Actualmente, no puede concebirse un periodismo dedicado a la tarea automática de informar sin opinar". Añadió, sin perjuicio de resaltar, merecidamente, las elevadas cualidades éticas y jurídicas del querellante, que "quienes ejercemos una función pública, estamos expuestos a la crítica de la prensa sobre nuestro desempeño" y que, no advirtiendo dolo en la conducta de Kimel correspondía "desechar la intención de Kimel de atacar en forma manifiesta un honor ajeno y considerarla como crítica a la situación del Poder Judicial en una época pretérita y no dejan siquiera margen de duda para la inserción de su conducta en la injuria equívoca o encubierta, tipificada en el art. 112 del Código de fondo".

Por su parte, el juez Carlos Alberto Elbert destacó en su voto que, "Cabe recordar que todos los funcionarios y magistrados judiciales del país fuimos subordinados al acta y estatuto del Proceso de Reorganización Nacional, que tuvieron rango supraconstitucional (5). Mal puede pensarse, entonces, que los jueces hubiéramos podido oponernos a unos actos de gobierno convalidados bajo juramento. La desconfianza hacia la justicia del autor Eduardo Kimel, certera o equivocada, constituye, en este contexto, una actitud comprensible y según puedo juzgar exenta de malicia tendiente a ofender, desacreditar o atribuir irregularidades deliberadas del doctor Rivarola. El propio actor destaca, como subraya también el doctor González, que en el caso de los Palotinos el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, juicio que, entiendo, deja a salvo la actuación técnica del querellante, en especial, porque no está inserta en el contexto de una obra jurídica que descalifique su capacidad o eficacia profesional". Añadió que "nuestro Poder Judicial posee sensibilidad y franqueza suficientes como para admitir la crítica cívica y los juicios históricos que le correspondan, siempre y cuando se respete la dignidad de las personas, que es idéntica para periodistas y jueces, si cumplen responsablemente su cometido".

Las opiniones expuestas en el libro, de las cuales se agravió el querellante, decían: "el juez Rivarola realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podrían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿se quería 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 juez Rivarola 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".

El 22 de diciembre de 1998 la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo (6). Los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez sostuvieron que solamente "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". Agregaron "que 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". Entre tales elementos, asignaron relevante importancia a las constancias obrantes en la causa penal, de las cuales surgía que el juez Rivarola "habría hecho caso omiso a los reiterados requerimientos de sobreseimiento provisional del sumario formulados por el fiscal Julio Strassera". También destacaron que "la conclusión que expresa que de la lectura del libro cuestionado el lector no será inducido a descalificar las calidades personales del querellante ni a cuestionar el honor de aquél, descalifica el pronunciamiento por otra causal de arbitrariedad. Ello es así por tratarse de una mera conjetura acerca de las interpretaciones personales que los lectores pueden hacer del querellante, ajena a la consideración jurídica del delito incriminado". Conclusión por cierto opinable si tenemos en cuenta que los jueces deben valorar los efectos que pueden traer aparejadas las presuntas manifestaciones agraviantes conforme a su seriedad y envergadura.

Los jueces Fayt y Boggiano, también votaron por la revocación del fallo sobre la base de la doctrina de la "real malicia". Entendieron que "se ha demostrado que bajo la invocación del derecho de crónica, el encartado actuó con temerario desinterés en determinar la verdad o falsedad de los hechos, distorsionando maliciosamente el rol que le cupo al magistrado en la investigación del crimen y poniendo seriamente en duda su idoneidad para el desempeño del cargo". Tales hechos habrían consistido, básicamente, en no haber expuesto la reiterada negativa del juez Rivarola a los continuos pedidos de sobreseimiento provisional requeridos por el fiscal Strassera.

Votando en disidencia, los jueces Belluscio, Bossert y Petracchi, se pronunciaron por el rechazo del recurso extraordinario planteado por el querellante, por considerarlo inadmisibile en función de su regulación procesal.

El temperamento adoptado por la mayoría para incriminar la conducta de Kimel, estuvo basado sobre dos elementos. Su manifestación en orden a que había realizado una profunda y minuciosa investigación sobre el episodio narrado en su libro y el hecho de no haber citado la negativa reiterada del juez Rivarola para disponer el sobreseimiento provisional en la causa, pese a los requerimientos formulados por el fiscal. La confrontación de tales elementos permitía aseverar la presencia de una conducta dolosa porque, si la investigación fue exhaustiva, hubo un ocultamiento deliberado de circunstancias que tornaban irreprochable la conducta del querellante. Sin embargo, el análisis global de la obra evidencia una crítica a la presunta independencia en la actuación de los magistrados judiciales que no estaba necesariamente concentrada en la persona del querellante. Existía una crítica global que traslucía una opinión de carácter político que, como tal, podía ser aceptada o rechazada por quienes tuvieran acceso al libro.

Dando cumplimiento a la sentencia de la Corte, el 17 de marzo de 1999 la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional condenó a Kimel a la pena de un año de prisión, como autor responsable del delito de calumnias, y al pago de una indemnización por resarcimiento de daños de \$ 20.000 en beneficio del querellante (7). El recurso extraordinario fue rechazado por la Cámara, y el de queja desestimado in limine por la Corte el 14 de septiembre de 2000.

II. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en su dimensión institucional o estratégica, y en su relación con el derecho al honor estuvo —y está— sujeto a una jurisprudencia vacilante y pendular. La solución otorgada al caso "Kimel" fue objeto de severas críticas emitidas por entidades periodísticas argentinas e internacionales, así como también por otras empeñadas en la salvaguarda de los derechos humanos como el CELS y el CEJIL. Es que el papel que desempeña la libertad de expresión en un sistema auténticamente democrático, y la circunstancia que la promoción de acciones penales o civiles constituyen procedimientos a los cuales acuden muchos funcionarios públicos de manera efectiva para silenciar las críticas o privar de cierta información al pueblo, impone la necesidad de actuar con suma cautela en la materia, aplicando criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre aquella función de la libertad de expresión y los derechos personalísimos vulnerados por ella.

En varios pronunciamientos anteriores al caso "Kimel", hubo jueces que valoraron ese rol de la libertad de expresión. Así, en 1972, el juez Millán destacó que "La salud de las instituciones se preserva mejor e incuestionablemente con más justicia esclareciendo lo que es moral o jurídicamente perjudicial que silenciándolo, caiga quien caiga. Los falsos prestigios son más dañinos que el escándalo y que los sacrificios dolorosos"(8). También, y con referencia a un juez, que "Aun la crítica más severa, que puede ser aguda, apasionada o injusta, importa, claramente, el legítimo ejercicio de un derecho que usado razonablemente, con objetividad y sin otra intención que la de informar o de entretener, encuentra amparo en el art. 14 de la CN"(9). El juez Juan Cortelezzi destacó que "intimidar a los críticos de la conducta de un funcionario público requiriendo la verdad de todas las aserciones y hacerlo bajo castigo de juicios por calumnias e injurias devendrá en algo comparable a la autocensura"(10). Entre otros pronunciamientos judiciales del mismo tenor y de la época en que se resolvió el caso "Kimel", podemos citar el caso "Galván c/ Ramos"(11), "Gilardi Novaro" donde, implícitamente, los jueces Cattani y Rodríguez Basavilbaso se acogieron a los fundamentos de "Barr v. Matteo". Expresaron: "ministros, legisladores, políticos en general, deben poder expresarse sin que pese sobre ellos el temor de incurrir en la comisión de delitos contra el honor, con la única condición de que actúen de buena fe, convencidos de la veracidad de cuanto expresan, sin ánimo de deshonra o maledicencia. Frente a esto yo diría que simétricamente, se halla el derecho de crítica de los ciudadanos, que esta misma Cámara ha analizado con idéntica amplitud de miras"(12).

A estos pronunciamientos, cabe añadir el contenido de los votos expuestos por los jueces de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Morales Solá"[\(13\)](#), cuyos presupuestos fácticos, a los fines de la aplicación de la regla de la "real malicia", eran similares a los del caso "Kimel".

III. Considerando que la sentencia en el caso "Kimel" vulneraba principios contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el peticionario junto al CELS y el CEJIL formularon la denuncia pertinente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2000. La Comisión declaró admisible la petición el 24 de febrero de 2004 y el 26 de octubre de 2006 aprobó el informe N° 111/06 instruyendo recomendaciones para el Estado Argentino, que le fueron notificadas el 10 de noviembre de 2006. Con motivo del estancamiento del caso, el 19 de abril de 2007 la Comisión presentó su demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fue contestada por el Estado el 24 de agosto de 2007.

En la audiencia pública del 18 de octubre de 2007, las partes y el Estado presentaron un acta de acuerdo, en la cual el Estado reconocía: 1) que se había violado el art. 8.1 de la Convención, referente al derecho a ser juzgado en un plazo razonable; 2) que se había desconocido el art. 13 de la Convención sobre el derecho a la libertad de expresión; 3) que el Estado asumía su responsabilidad internacional.

Ya en su contestación de demanda, el Estado había dicho que: 1) compartía el criterio de la Comisión que, en el caso "Kimel", se había violado el derecho a la libertad de expresión; 2) que Kimel no había sido juzgado dentro de un plazo razonable, asumiendo la consecuente responsabilidad internacional; 3) que compartía el criterio de la Comisión que, en el caso, "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias e 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". Esa norma impone a los Estados el deber de adecuar su legislación a las cláusulas de la Convención para hacer efectivos los derechos y libertades que enuncia.

La Corte decidió el 2 de mayo de 2008 que, si bien el acuerdo no era vinculante para ella, aceptaba el reconocimiento estatal como una confesión de hechos y "allanamiento a las pretensiones de derecho contenidas en la demanda de la Comisión, y una admisión de los argumentos formulados" por los peticionarios. Consecuentemente, dispuso que había cesado la controversia, sin mengua de determinar las medidas reparatorias para el caso. Sin embargo, y con buen criterio, estimó necesario dictar una sentencia determinando los hechos, los elementos de fondo y las correspondientes consecuencias "toda vez que la emisión de la sentencia contribuye a la reparación del señor Kimel, a evitar que se repiten hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos"[\(14\)](#).

Tras describir los antecedentes procesales del caso, la Corte decidió que debía resolver: 1) si la tipificación de los delitos de calumnias e injurias afectó el principio de legalidad; 2) si la protección de la reputación de los jueces responde a una finalidad legítima y, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para su tutela; 3) la necesidad de la sanción penal; 4) existencia de proporcionalidad entre la sanción impuesta a Kimel y el derecho a la reputación del funcionario público.

1. Principio de legalidad

En su demanda, la Comisión había sostenido que, si el Estado decidía mantener la normativa penal sobre calumnias e injurias, debía precizarla de una manera tal que no alcanzara la libre expresión de disconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos gubernamentales y sus integrantes.

Por su parte, la Corte destacó que las partes no habían invocado una violación del art. 9° de la Convención que impone el principio de legalidad en materia penal. Pero ello no era obstáculo para que incursionara en su análisis, conforme al principio *iura novit curia*, para verificar si la legislación argentina se ajustaba a la Convención.

Reiteró que "La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal". Principio que no se compadece con la formulación de tipos penales ambiguos que fomentan la arbitrariedad.

Esa ambigüedad estaría presente en los arts. 109 y 110 del Código Penal puesto que, según la Corte, Kimel fue condenado en un primer momento por el delito de injurias, y luego por el delito de calumnias. Además, el Estado había admitido expresamente que "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que

sanciona las calumnias e 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 tal base, la Corte concluyó que la tipificación de los arts. 109 y 110 contraviene los arts. 1.1, 2, 9 y 13.1 de la Convención Americana. No indicó cuál debería ser la nueva redacción de tales normas aunque, conforme al allanamiento del Estado, ellas no deberían impedir que se afecte la libertad de expresión.

2. Necesidad de la sanción penal

La Comisión había sostenido que "la protección de la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público". Se trata de una fórmula cuya fuente reside en las reglas de la "real malicia" que fueron adoptadas por el principio 10 del Acta de Chapultepec, y particularmente por el desarrollo de ese principio en la Conferencia de Chapultepec sobre Libertad de Expresión realizada en San José de Costa Rica entre el 16 y 18 de agosto de 1998. También aparece expuesta en el Principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como interpretación del art. 13 de la Convención. Esta última, fue aprobada en octubre de 2000 durante el 108º período ordinario de sesiones de la Comisión.

La Corte sostuvo que el empleo de la vía penal debe ser mínimo y necesario para tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a "conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes". La tipificación de la conducta penal debe ser clara y precisa, guardando relación con el daño inferido.

En el caso de la libertad de expresión, las medidas penales deben ser analizadas con especial cautela, en forma verdaderamente excepcional, respondiendo a una absoluta necesidad y exigiendo, en todos los casos, que la carga de la prueba recaiga en quien formula la acusación. Esta conclusión importa descartar la teoría de la prueba dinámica o recíproca para la configuración, o no, del delito.

La Corte no se pronunció explícitamente sobre la propuesta de la Comisión referente a funcionarios públicos o personas públicas o particulares que se hayan involucrado voluntariamente en asuntos de interés público o institucional, pero sí destacó que los periodistas tienen el deber de constatar en forma razonable, "aunque no necesariamente exhaustiva", los hechos sobre los que fundamentan sus opiniones. Ello a fin de respetar el derecho de las personas a no recibir una información manipulada de los hechos.

Concretamente, en el caso "Kimel", la Corte sostuvo que resultaba notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo, pero sin ofrecer un fundamento para su conclusión en esta parte de la sentencia.

3. Protección de la reputación de los jueces

La Corte entendió que todas las personas, incluyendo a los jueces, están amparados por el art. 11 de la Convención que reconoce el derecho al honor. Asimismo, el art. 13.2. dispone que la lesión a ese derecho puede concretarse mediante el ejercicio de la libertad de expresión con las consecuentes responsabilidades ulteriores.

Pero, si bien la medida penal puede ser un instrumento idóneo para salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, esto no significa que, en el caso "Kimel", la vía penal fuera necesaria y proporcional.

4. Existencia de proporcionalidad

La Comisión había sostenido que la conducta de Kimel se había traducido en un razonable ejercicio del periodismo de investigación, pues se trataba de brindar información de evidente interés público que "tenía por objeto aportar al debate y servir como medio fiscalizador de un funcionario público". Importaba la necesidad de informar sobre el funcionamiento de los órganos gubernamentales durante el lapso entre 1976 y 1983 emitiendo opiniones y "críticas incluso ofensivas y fuertes" sobre quienes ejercieron cargos públicos durante esa época, incluyendo a los jueces.

La Corte señaló que, conforme a su doctrina, "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 expresión".

Para el caso concreto de Kimel, consideró que la condena penal impuesta constituía una responsabilidad

ulterior (art. 13 CADH) sumamente grave desprovista de proporcionalidad. Es que, las expresiones referidas a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público, o a los actos realizados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus tareas, gozan de mayor protección en el marco de la Convención debido a que fomentan el pluralismo y el debate democrático. Por otra parte, dijo la Corte, los funcionarios gubernamentales están más expuestos al escrutinio y la crítica por el cargo que ocupan y que aceptaron voluntariamente. En definitiva, se trata de una carga democráticamente previsible que acarrea el cargo asumido. En tales casos, la actividad del funcionario se aparta del dominio de la esfera privada para incorporarse a la esfera del debate público. Se proyecta a una dimensión institucional. Por ende, la carga no resulta de la persona del sujeto, sino del legítimo interés público sobre las actividades oficiales que realiza [\(15\)](#).

Añadió la Corte que, en el debate sobre temas de elevado interés público, se protegen todas las expresiones, incluyendo las que irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a cualquier sector de la sociedad.

Para la Corte, la crítica contenida en el libro de Kimel se relacionó con temas de notorio interés público —el homicidio de cinco religiosos—; cuestionaba el funcionamiento del Poder Judicial, incluyendo al magistrado judicial interviniente en la causa; y se concretó en opiniones que no extrañaban la imputación de delitos. Kimel emitió una opinión que no se vinculaba con la vida personal del juez querellante, sino con la causa judicial a su cargo, sin atribuirle una conducta ilícita propia del delito de calumnia. Por otra parte realizó una reconstrucción de la investigación judicial, y a partir de ella emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante cierta época. De manera que, por tratarse de opiniones, las expresiones de Kimel no podían ser consideradas como verdaderas ni falsas. No podían ser sometidas a la prueba de veracidad.

El argumento de la Corte no nos resulta del todo convincente. Toda información genera una opinión, y toda opinión se basa sobre la información de hechos. Kimel practicó una investigación; describió los hechos resultantes de ella; y finalmente emitió un juicio de conocimiento, similar al del juez Elbert [\(16\)](#) o en la causa "Juvenal"[\(17\)](#). Si tengo conocimiento que un juez es alcohólico, podré sostener que "el vicio de la sentencia es fruto del estado de ebriedad del Juez" o "puede ser que el vicio de la sentencia sea fruto del estado de ebriedad del juez". En ambos casos, como consecuencia del conocimiento de un hecho, emito un juicio de conocimiento y no de valor. A lo sumo, si se quiere, se trata de una opinión fundada.

La Corte concluyó afirmando que la libertad de expresión de Kimel fue lesionada con la sanción penal de modo manifiestamente desproporcionado en relación con la presunta afectación del derecho al honor del querellante.

IV. Tras resolver esos cuatro aspectos sustanciales, la Corte, compartiendo el allanamiento del Estado, sostuvo que en el caso "Kimel" se había violado el art. 8.1 de la Convención que impone un plazo razonable para el juzgamiento de una persona. La querrela fue promovida el 28 de octubre de 1991 y concluyó el 14 de septiembre de 2000 cuando, la Corte Suprema, desestimó in limine el recurso de hecho planteado por Kimel contra la denegación del recurso extraordinario dispuesta por la Cámara de Apelaciones que le aplicó la condena definitiva.

Habían transcurrido casi 9 años. En primera instancia la causa tramitó durante casi 4 años. En la Cámara, más de un año. En la Corte Suprema casi 2 años. El lapso restante fue insumido por la nueva sentencia de la Cámara y el fallo final del Alto Tribunal.

No cabe duda que el plazo no fue razonable especialmente en primera instancia. Pero también es cierto que la tramitación de la causa ante la Comisión y la Corte Interamericana se extendió desde el 6 de diciembre de 2000 hasta el 2 de mayo de 2008. Algo menos de 8 años, que también constituye un plazo manifiestamente irrazonable. Es cierto que el Estado vulneró el art. 8.1 de la Convención, pero también lo hicieron los organismos internacionales que le formulan ese cargo.

Sería bueno que, en lo sucesivo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana se esmeraran en actuar con más celeridad para cumplir lo que exigen que cumpla el Estado.

La Corte no aceptó el reclamo indemnizatorio por el daño emergente sufrido por Kimel con motivo de los esfuerzos económicos realizados para litigar en el orden local e internacional. Consideró que ellas estaban comprendidas en el rubro de reintegro de costas y gastos judiciales y no de indemnizaciones. Pero sí aceptó el

pedido de lucro cesante, reconocido sin cuantificar por el Estado, que fue fijado en US\$ 10.000. En cuanto al daño inmaterial o moral, respecto del cual el Estado se abstuvo de alegar, su monto indemnizatorio se estableció en US\$ 20.000. También ordenó al Estado para que, en el plazo de seis meses, deje sin efecto la condena impuesta a Kimel en todas sus partes, y que procediera a divulgar la sentencia, sin sus notas, en un diario oficial y otro de amplia circulación nacional por una sola vez.

Finalmente, la Corte reiteró que el Estado debía dar cumplimiento al principio de legalidad penal adecuando "en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, 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".

V. Compartimos la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte reivindicó la plena vigencia de la libertad de expresión, sin quedar sujeta a responsabilidades ulteriores, cuando se ejerce en una dimensión institucional, sólo aceptable en el marco de una democracia constitucional. Además, la decisión en el caso "Kimel", que previamente había sido aceptada por el Estado, no hace más que reproducir, varios años después, las críticas doctrinarias que, en su momento, mereció la sentencia emitida por nuestra Corte Suprema de Justicia.

Pero su contenido no nos satisface. Al margen de reiterar conceptos que ya habían sido formulados en la Opinión Consultiva 5/85, y en los casos "Olmedo Bustos c/ Chile" de 2001 (LA LEY, 2001-C, 135), "Palamara Iribarne c/ Chile" de 2003 y "Herrera Ulloa c/ Costa Rica" de 2006 (LA LEY 2002-C, 229), no brinda soluciones o reglas, relativamente objetivas, para precisar los límites del derecho a la libre expresión. Pudo haber hecho, pero no lo hizo, lo que hizo nuestra Corte Suprema de Justicia cuando expuso la doctrina "Campillay"[\(18\)](#), o la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos cuando fijó las reglas de la "real malicia"[\(19\)](#). Criterios que, en ambos casos, ofrecen mayor seguridad jurídica respecto a los alcances de la libertad de expresión que los expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia excesivamente dilatada, y hasta cierto punto confusa.

Tanto el Estado como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aceptaron que "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impiden 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".

Asimismo, la Comisión sostuvo que "la mera existencia de los tipos penales aplicados al señor Kimel disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias", y que "si el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precizarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes".

Tales conclusiones, fueron aceptadas por la Corte Interamericana imponiendo, al Estado, el deber de modificar su derecho interno para no afectar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y dentro de un plazo razonable.

Al margen de que la doctrina expuesta por la Corte Interamericana y el reconocimiento del Estado configuran criterios genéricos, y en cierto modo ambiguos, que deberán aceptar los jueces locales, constituye una obligación que debe traducirse en una ley sancionada por el Congreso. Pero, ¿está dispuesto un Congreso cuasi inoperante a cumplir el deber de proteger el derecho a la libertad de expresión?

Debo expresar mis serias dudas sobre el particular. Dudas basadas sobre precedentes reales.

El 1 de octubre de 1999 el Estado contrajo el compromiso —con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— de sancionar una ley que se adecuara al principio 10° de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión aprobada en el seno de la OEA, como interpretación del art. 13 de la Convención. Ese principio dispone que "la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo

noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas".

Fue así que, a fines de 2001, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley que despenalizaba las injurias producida por el ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión institucional. Ese proyecto, que fue avalado por los senadores Genoud y Yoma en representación de los dos bloques mayoritarios en el Senado, presentaba la virtud de no ser una ley de prensa, porque se limitaba a modificar normas generales de la legislación civil y penal, adoptando una postura intermedia entre el régimen vigente y la absoluta despenalización de las injurias.

Establecía que estaban exentas de responsabilidad penal por injurias las expresiones de informaciones u opiniones que versaban sobre hechos de interés público referidas a funcionarios, personalidades públicas o particulares, cuando estos últimos se hubieran involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés público. La norma era también aplicable a las expresiones humorísticas y a la reproducción de injurias o calumnias inferidas por un tercero, siempre que la libertad de expresión se ejerciera en una dimensión institucional.

El proyecto, también se introducía en el ámbito de la responsabilidad civil disponiendo: 1) no hay responsabilidad civil cuando se emite información veraz sobre hechos de interés público referentes a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados voluntariamente en tales episodios; 2) si la información sobre hechos de interés público es inexacta, la responsabilidad civil del emisor estaba condicionada a que el afectado probara la falsedad de ella y el dolo o culpa grave del autor; 3) estaba exenta de responsabilidad civil la emisión de opiniones en la dimensión institucional, incluyendo las expresiones humorísticas; 4) no hay responsabilidad civil si se reproduce fielmente la información emitida por medios de prensa, autoridades, entidades intermedias o particulares cuando se cita y prueba la fuente informativa. Si no se cita la fuente, corresponde distinguir entre la información veraz y la inexacta. Si es veraz y se refiere a hechos de interés público, el emisor quedaba exento de responsabilidad. Si no hay interés público, el emisor era responsable si obró con dolo o culpa. Si la información es inexacta y se refiere a hechos de interés público, la responsabilidad quedaba condicionada a la prueba de la inexactitud y a la conducta dolosa, o culpa grave, del emisor. En cambio, si la información era inexacta y carente de interés público, el emisor era responsable por los daños ocasionados previa acreditación de su dolo o culpa simple.

Este proyecto de ley, que introducía las doctrinas de "Campillay" y la "real malicia", al margen de despenalizar parcialmente las injurias, reducía sensiblemente la responsabilidad civil de quienes ejercían la libertad de expresión sobre temas de interés institucional o de relevante interés público (20).

Sin embargo, y a pesar de las audiencias públicas, el proyecto no llegó a ser debatido en el Senado. Ello obedeció, sustancialmente a que la mayoría de los senadores, incluyendo a los representantes de los bloques mayoritarios que formalmente habían avalado el proyecto, si bien en público se proclamaban como fervientes defensores de la libertad de expresión, estaban impregnados de prejuicios sobre el ejercicio de ese derecho. Consideraban que esa libertad perturba el funcionamiento del gobierno y que las normas proyectadas los expondrían a todo tipo de críticas que, subjetivamente, consideraban inadmisibles por ser intrínsecamente injustas.

Si bien el proyecto podía ser perfeccionado, lo cierto es que, en esa oportunidad, el Estado no honró el compromiso internacional asumido. ¿Lo hará en esta oportunidad, o proseguirá desconociendo el nuevo compromiso resultante del caso "Kimel" y obligando a los jueces a paliar la inoperancia del Congreso y del Poder Ejecutivo sobre la materia? Tenemos mayor fe en esta última alternativa aunque la ambigüedad de la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede traer aparejadas interpretaciones confusas y contradictorias.

De todas maneras, el caso "Kimel" constituye un paso importante para despenalizar el delito de injuria y atenuar la responsabilidad civil con motivo del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en su dimensión institucional. De un hito importante que, si es acatado, fortalecerá considerablemente la democracia participativa. Es que, como bien destacara Mariano Moreno, patrono cívico de la prensa argentina, que es preferible una libertad peligrosa que una servidumbre tranquila.

- (1) Causa N° 2564.
- (2) "New York Times v. Sullivan" (376 US 255 de 1964).
- (3) 360 US 564.
- (4) LA LEY, 1997-E, 403.
- (5) Ese criterio no fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia, pese a las presiones "de la entraña del poder militar", cuando en dos oportunidades hizo lugar a la acción de hábeas corpus promovida en beneficio de Jacobo Timerman. El 20 de julio de 1978 (Fallos C.S. 300:816) y el 17 de septiembre de 1978 (Fallos C.S. 301:771).
- (6) Fallos C.S. 321:3596.
- (7) LA LEY, 2000-A, 556.
- (8) JA, 1973-17-297, caso "Elnecavé".
- (9) Causa "Juvenal" N° 11.456 resuelta el 18 de abril de 1991 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II.
- (10) ED, 165-275, caso "Gostanián".
- (11) LA LEY, 1987-D, 172.
- (12) Caso "Gilardi Novaro", confirmado por la Corte Suprema de Justicia (Fallos C.S. 314:637).
- (13) Fallos C.S. 319:2741.
- (14) Citó los precedentes de "La Canuta vs. Perú" del 29 de noviembre de 2006, "Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia" del 11 de mayo de 2007 y "Buenos Alves vs. Argentina" de igual fecha.
- (15) Inclusive, tratándose de funcionarios públicos, la legitimidad del interés público puede proyectarse sobre ciertos aspectos de su privacidad o intimidad.
- (16) Ver nota 4.
- (17) Ver nota 9.
- (18) Fallos C.S. 308:789.
- (19) 376 US 255.
- (20) Sobre el particular, merecen ser destacados los proyectos de leyes presentados por el entonces senador Juan R. Aguirre Lanari en resguardo de la libertad de expresión, en general, mucho más claros y concisos que el que presentó, años después, el Poder Ejecutivo. BADENI, Gregorio, "Tratado de Libertad de Prensa", págs. 157 a 173, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2002; "La calumnia e injuria y la real malicia", pág. 31, en "Justicia y Libertad de Prensa", Sociedad Interamericana de Prensa, Miami-Florida 2003.