

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



24 IIDH

Julio - Diciembre 1996

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. --Nº1 (Enero/junio 1985).--
--San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1996, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramación, montaje electrónico de artes finales e impresión litográfica:
MARS Editores, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica.

Se solicita atenderse a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es preferible acompañar el envío con diskettes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf. y dirección postal). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30.00 Y DE US\$20.00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15.00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3.00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4.00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6.00. TODOS LOS PAGOS DEBEN DE SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DÓLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000) SAN JOSÉ, COSTA RICA.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS, INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ÍNDICE

DOCTRINA

LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA VERDAD EN LA ARGENTINA	11
Martín ABREGÚ	

LA IMPUNIDAD NO ES SOLO CUESTIÓN DE HECHO SOBRE LA PERSECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA	49
Perfecto Andrés IBÁÑEZ	

LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE AMNISTÍA PERUANA	63
César LANDA ARROYO	

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA –JUSTICIA PARA LA PAZ–	133
Elizabeth ODIO BENITO	

EL LARGO CAMINO DE LA VERDAD	157
Felipe MICHELINI	

GUATEMALA'S NATIONAL RECONCILIATION LAW: COMBATTING IMPUNITY OR CONTINUING IT?	173
Margaret POPKIN	

LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUNIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LAS NACIONES UNIDAS –NOTAS PARA LA REFLEXIÓN–	185
Wilder TAYLER	

AMICUS CURIAE

MEMORIAL EN DERECHO, EN CALIDAD DE <i>AMICI CURIAE</i> , DEL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), EL CENTRE FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW (CEJIL) S/LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CALUMNIAS E INJURIAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS	217
---	-----

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE RECONCILIACIÓN NACIONAL PRESENTADO POR LA OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA	263
--	-----

COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LECCIONES DE LAS AMÉRICAS: LINEAMIENTOS PARA UNA RESPUESTA INTERNACIONAL ANTE LA AMNISTÍA DE ATROCIDADES	277
<i>Douglass CASSEL</i>	

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996	327
--	-----

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996	421
--	-----

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA ANTE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1996-I)	427
---	-----

PRESENTACIÓN

Esta nueva entrega de la publicación académica del IIDH se dedica por entero al tema de la impunidad por las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y los esfuerzos por superarla.

No es ciertamente un tema nuevo en nuestra región, ni tampoco lo es su tratamiento académico por el Instituto. Sin embargo no pierde actualidad, ya que la experiencia latinoamericana de los años 80 es objeto de atención en otras latitudes cuando sociedades que intentan dejar atrás sangrientos enfrentamientos buscan su propio camino para enfrentar el legado autoritario y superado definitivamente.

La atención del mundo se concentra en el trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, ejercicio que reconoce la validez de los antecedentes latinoamericanos y europeo-orientales y trata de implementar una fórmula que combina la búsqueda de la verdad, las demandas de la justicia y el objetivo insoslayable de la reconciliación.

Pero además las Naciones Unidas han tomado prestado de nuestras experiencias y proponen varias medidas destinadas a la consagración de principios universales. Los relatores especiales sobre reparaciones y sobre impunidad han elaborado informes de reconocida autoridad científica. Además, como lo señala el artículo de Wilder Tayler que incluimos en este número, se hallan en pleno debate proyectos de declaración sobre el tema. En sus operaciones en el terreno Naciones Unidas ha tenido ocasión de impulsar iniciativas sobre la verdad y la justicia en El Salvador, Guatemala, Haití, Cambodia y otros lugares.

El esfuerzo más importante que en este sentido impulsa la comunidad internacional es, sin duda, la creación de tribunales especiales sobre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad para la ex-Yugoslavia y Ruanda. El éxito final de estos esfuerzos es incierto aún; sin embargo, se puede afirmar sin exageración que el futuro de la protección eficaz de los

derechos humanos depende en gran medida de que ayudemos a esos tribunales a cumplir su cometido. En el IIDH tenemos la fortuna de contar en el Consejo Directivo con la Dra. Elizabeth Odio, jurista costarricense que integra el tribunal para la ex-Yugoslavia y que contribuye su visión de esa experiencia a este volumen.

La Dra. Odio, nuestro Presidente Pedro Nikken, y yo participamos en setiembre de 1997 en una importante conferencia sobre este tema en Siracusa, Italia, de la que el IIDH fue co-auspiciante. Un resultado importante de esa reunión fue el compromiso de los organizadores de elaborar criterios y líneas de acción derivados de las experiencias recientes y susceptibles de adopción por la comunidad internacional. El IIDH espera poder colaborar con ese esfuerzo.

Lo cierto es que la lucha contra la impunidad requiere nuevas formas aún en nuestra región. Guatemala se apresta a iniciar el trabajo de la Comisión de Esclarecimiento creada por los acuerdos de paz y en los próximos meses se dilucidará en los tribunales el verdadero alcance de la ley de amnistía de diciembre de 1996. De eso se ocupa el artículo de Margaret Popkin. Y la búsqueda de la verdad sobre el destino y paradero de los desaparecidos da origen a novedades judiciales de importancia en Argentina y Uruguay, descriptas y analizadas en los artículos de Martín Abregú y Felipe Michelini.

Aspiramos a que este número de la Revista haga un valioso aporte al examen actualizado de los principios jurídicos que rigen la lucha contra la impunidad.

Juan E. Méndez
Director Ejecutivo del IIDH

AMICUS CURIAE

MEMORIAL EN DERECHO, EN CALIDAD
DE AMICI CURIAE, DEL CENTRO DE
ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS),
EL CENTRE FOR JUSTICE AND
INTERNATIONAL LAW (CEJIL) S/
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CALUMNIAS
E INJURIAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Presentado en la causa

*Nro. 27.472 seguida contra el periodista Eduardo E. Kimel por el delito de
Injurias y que tramita ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional
de la Capital Federal.*

Elaborado por:

Dr. Julio B. J. Mater
Prof. Titular de Derecho Penal
y Criminología Universidad de Buenos Aires

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Prof. Titular de Derecho Penal y
Criminología Universidad de Buenos Aires

Dr. Alejandro Garro
Prof. de Derecho Comparado de la
Universidad de Columbia
(New York, E.E.U.U).

Con las adhesiones de:

Dr. Germán Bidart Campos
Prof. Emérito de la Universidad
de Buenos Aires

Guillermo Moncayo
Prof. Titular de Derecho Internacional
Público de la Universidad de Buenos Aires

Jorge R. Vanossi
Prof. Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Buenos Aires

Asesores letrados de CEJIL y CELS:

Martín Abregú (Abogado. Director Ejecutivo, CELS)
Ariel Dulitzky (Abogado, Codirector, CEJIL)
Viviana Krsticevic (Abogada, Codirectora, CEJIL)
Carolina Fernández Blanco (Asesora Jurídica, CEJIL)
Paula Vaca (Asesora Jurídica, CELS)

Patrocinante letrado
Dr. Víctor E. Abramovich Cosarín

CELS

Rodríguez Peña 286, 1er piso. CP 1020. (Capital Federal. Argentina)
Tel. (54-1)371-9968 / 371-3790

SOLICITAN SER TENIDOS COMO *AMICI CURIAE*

Excma. Cámara:

Emilio F. Mignone, en representación del *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*, con domicilio en Rodríguez Peña 286 1er piso, Buenos Aires, Argentina, y Viviana Krsticevic, en representación del Center for Justice and International Law (CEJIL), con domicilio en 1522 K Street, NW. #910, Washington, D.C, Estados Unidos de Norteamérica, con el patrocinio letrado del Dr. Víctor E. Abramovich Cosarín (T. 40. F.45) nos presentamos en la causa Nro. 27.472 seguida contra Eduardo Kimel por Injurias, constituimos domicilio legal en Rodríguez Peña 286 Piso 1, y respetuosamente decimos:

I. Objeto:

Solicitamos a V.E. por medio de esta presentación ser tenidos como *Amici Curiae* para someter a la consideración de este alto tribunal algunos argumentos de Derecho de los derechos humanos y de Derecho internacional público sobre la necesidad de respetar la libertad de prensa y expresión. En este mismo acto, y debido a la urgencia de la causa que nos ocupa, acompañamos a esta solicitud diversos memoriales en derecho sobre las cuestiones de fondo debatidas en este caso.

II. Hechos:

El CELS y CEJIL han seguido con atención el debate jurídico y político en torno a la libertad de expresión y prensa que actualmente tiene lugar en la Argentina con motivo de la tramitación de una serie de causas judiciales que se siguen contra periodistas. Entre ellas, particular importancia le damos a la causa Kimel, que actualmente está para ser decidida por este alto tribunal, debido a la naturaleza de la materia en debate y a la reciente sentencia condenatoria que ha recaído sobre el periodista Eduardo Kimel. La naturaleza de la publicación que ha dado lugar a la querrela –una investigación periodística sobre la denominada “Masacre de Los Palotinos”, tal vez uno de los más trágicos ejemplos del vandalismo del terrorismo de Estado en la Argentina durante el período 1976-1983–, así como el carácter de funcionario público de quien se siente agraviado, justifican con creces nuestro especial interés en esta causa.

Es por ello que solicitamos permiso de V.E. para acercarnos al tribunal algunas consideraciones sobre el Estado actual del Derecho de los derechos humanos y el Derecho internacional en la materia. Las obligaciones internacionales del Estado en este tema son especialmente relevantes para el

tratamiento de esta trascendental cuestión, en la medida en que la Constitución reformada en 1994 otorga a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por la Argentina una jerarquía constitucional, como expresión del firme compromiso del Estado de dar cumplimiento a esas obligaciones.

III. Intereses de los *Amici Curiae* en el caso. Antecedentes de nuestras organizaciones:

El CELS es una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos en la Argentina. Con este fin el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre las prioridades del Centro, siempre han tenido prevalencia las actividades vinculadas a la tramitación de causas legales, debido a que es un objetivo central del CELS, promover e impulsar la utilización de los tribunales locales para un pleno ejercicio de los derechos. Paralelamente, el CELS se ha dedicado también a proteger los derechos humanos a través de la presentación, en forma autónoma o conjunta, de causas testigo ante diversas instancias internacionales de protección de los derechos humanos. Actualmente, esta organización está llevando a cabo un Programa específico para impulsar la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales (Programa DIDH).

CEJIL, por su parte, es una entidad no gubernamental con sede en Washington, integrada y dirigida por un consorcio de entidades similares de todo el continente. Se dedica a representar a víctimas de violaciones de los derechos humanos ante los mecanismos de protección creados por el derecho internacional, en especial ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. CEJIL cumple también tareas de educación y difusión de los derechos humanos en todo el continente. Además de su oficina central, CEJIL tiene sedes o representantes en las ciudades de San José de Costa Rica, Río de Janeiro, Buenos Aires, Santiago de Chile y Georgetown. De esta manera, CEJIL contribuye al desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos. CEJIL ha presentado memoriales en calidad de *Amicus Curiae* en diversas oportunidades, entre ellas, varias veces lo ha hecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en nuestro país, en la Causa ESMA –ver detalles de esta presentación más adelante–.

En nuestra calidad de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección y promoción de los derechos humanos, nos presentamos ante este tribunal con el objeto de hacer conocer nuestro parecer, y el de prestigiosos juristas de nuestro medio, en torno a la condena de Eduardo G. Kimel por el delito de injurias. No es el objeto de este Memorial intervenir en

un conflicto privado entre particulares, pero entendemos que el ya reconocido interés público que esta causa tiene, justifican con creces nuestra presentación: como organizaciones de derechos humanos, no podemos quedarnos al margen de cuestiones que, como la presente, ponen en juego los más fundamentales principios del Estado de Derecho.

IV. La Organización de este Memorial en Derecho

Este Memorial en Derecho consta de cuatro capítulos centrales. En primer término desarrollaremos algunas consideraciones en torno a la institución del *Amicus Curiae* y su aceptación progresiva por los tribunales locales. A continuación se presentarán los lineamientos en torno a la libertad de expresión, así como la aplicación de estos principios al caso que aquí nos ocupa. Finalmente, se acompañan los dictámenes sobre el caso preparados, a solicitud del CELS y de CEJIL, por los Dres. Julio B. J. Maier y Eugenio Raúl Zaffaroni, profesores en Derecho Penal y Procesal Penal, así como las adhesiones de los Dres. Germán Bidart Campos, Guillermo Moncayo y Jorge R. Vanossi, expertos en Derecho constitucional e internacional público.

V. La institución del *Amicus Curiae*

El Memorial en Derecho que aquí presentamos se inscribe en la tradición jurídica que internacionalmente se conoce con el nombre de "*Amicus Curiae*". Es el objeto de presentaciones de este tipo que, terceros ajenos a una disputa judicial pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, amparándose para ello en la posibilidad que tienen estos terceros de realizar aportes de trascendencia para la sustanciación del proceso judicial. Una de las formas más comunes de este tipo de dictámenes es, como en este caso, la presentación, por parte de reconocidos expertos en la materia, de argumentos de Derecho que pueden ser ajenos a los habitualmente utilizados por el tribunal.

La institución del *Amicus Curiae* es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el Derecho romano, que fuera luego paulatinamente incorporada a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona: "Ya a comienzos del Siglo XV, en el derecho inglés, se autorizaba la actuación de un extraño a fin de producir peticiones en un juicio como "*Amicus Curiae*" (de los considerandos de la decisión de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la Causa ESMA, Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada; decisión del 18 de mayo de 1995). A partir de este lejano precedente, la institución se ha generalizado en diversos países de habla inglesa, hasta el punto de convertirse en un elemento característico de las

causas con un marcado interés público en las cuales existen diversas posiciones en disputa.

Desde esta tradición anglosajona, la figura del *Amicus Curiae* se ha extendido en forma notoria. En un primer momento, la institución pasó a ser moneda corriente en las más diversas instancias internacionales: es hoy casi un lugar común que presentaciones de este tipo se hagan ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, así como ante sus similares en Europa o África. El motivo de esta difusión es tan simple como la especial naturaleza del Derecho internacional de los derechos humanos y el interés generalizado que rodea cualquier causa en la que esté en juego el ejercicio de cualquier derecho fundamental.

De la mano del Derecho internacional, esta institución ha dado recientemente su último gran paso al convertirse también en una costumbre incipiente en países que antes no la acogían. En estos casos, se trata de causas en las que se debe decidir judicialmente sobre la vigencia de un derecho humano, la fundamental trascendencia del litigio para la constitución del Estado de Derecho, lleva a organizaciones civiles a presentarse espontáneamente de modo tal de intentar asegurar que no se restringirá indebidamente ningún derecho fundamental. Muchas de estas presentaciones, al igual que la que hoy nos ocupa, se centran en la voluntad de poner en conocimiento de un tribunal local cuáles son los principios del Derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia litigiosa.

En nuestro país, existe al menos un antecedente en el que un tribunal local aceptó la presentación de un dictamen por parte de un *Amicus Curiae*. Se trata de la ya citada Causa ESMA, en la que la Cámara Federal aceptó expresamente la presentación de un memorial, en calidad de *Amici Curiae*, de las organizaciones internacionales de derechos humanos CEJIL y, Human Rights Watch/ Americas (anteriormente Americas Watch), la primera de las cuales participa también en este caso. En esa oportunidad, el Memorial se refería a la necesidad de reconocer y, garantizar el Derecho a la verdad en favor de los familiares de desaparecidos, quienes reclamaban ante los tribunales para conocer la suerte de sus seres queridos.

En una medulosa decisión conjunta de las dos salas de dicha Cámara –debido a la particular integración del tribunal para esta causa–, se hizo lugar a la solicitud con el voto mayoritario de cuatro de sus miembros. Debido a la importancia de las consideraciones del tribunal, reproduciremos aquí los puntos más salientes de esta decisión. El elemento sobresaliente de la determinación residió en aquello que la Cámara consideró que era de suma importancia reconocer: el "amplio interés público" que gobierna la materia por entonces en disputa (*Ibídem*).

Desde este punto de partida, el tribunal se detuvo en la historia del instituto para destacar un cambio en su naturaleza. Este fundamento, es tal vez una muestra de la inteligente comprensión que de la figura hizo la Cámara: "Si bien, de inicio, su función estaba enderezada a colaborar neutralmente con el tribunal, en tiempos más recientes ha abandonado definitivamente esa imparcialidad, transformándose en una especie de interventor interesado y comprometido" (*ibidem*). En aquel caso, como en este, se trata de organizaciones reconocidas por su compromiso con los derechos humanos. Y en aquel caso, como en este "ese interés y compromiso está directamente relacionado con su expresado deseo de formular aportes teóricos que eventualmente pudieren contribuir a la resolución definitiva..." (*Ibidem*).

En su decisión, la Cámara no deja de considerar a la institución del *Amicus Curiae* como un aporte del Derecho Internacional de los derechos humanos, recientemente rejerarquizado en la Constitución Nacional reformada. En este sentido, dice el tribunal, "la intervención del '*Amicus Curiae*' se considera comprendida dentro del art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Reglamentos de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" (*ibidem*). Desde allí, reconoce la Cámara Federal, "La actuación del '*Amicus Curiae*', limitado en principio a la esfera jurisdiccional *supra* nacional, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida" (*Ibidem*).

"Finalmente, y para una adecuada interpretación del instituto –concluye esta decisión haciendo explícito este único requisito–, no es redundante la reiteración de que este papel sólo está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el mismo, en casos excepcionales y de la magnitud del presente" (*Ibidem*).

Con esta conclusión, este importante tribunal nacional ha inscrito a la Argentina entre aquellos países pioneros en la utilización de la figura del *Amicus Curiae* en las cortes locales -a modo de comentario al margen, valga la aclaración que los dos votos disidentes fundan su decisión principalmente en la supuesta inexistencia de proceso judicial en torno a la materia que justificaba la intervención de los *amici*-. Como lo explica esta decisión y otras similares de tribunales locales de otros países, esta institución tiene una destacada raíz democrática y acumula en sí numerosos beneficios tanto para los tribunales locales como para las organizaciones civiles, que cuentan de este modo con una invaluable posibilidad de emitir sus opiniones en torno a cuestiones que afectan la vida de todos (para una comprensión de la institución del *Amicus Curiae* como una forma de impulsar el debate democrático, ver Nino, Carlos S., Fundamentos de Derecho Constitucional; Ediar, Buenos Aires, 1994, pp. 685 y 696).

Otro antecedente local de importancia existe en la reciente Ley 24.488 sobre Inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos, sancionada el 31/5/95 (L.A. 1995-B, pp. 1500/1). Esta ley, en su art. 7, dispone:

Art. 7.- En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de "**amigo del tribunal**". (El destacado es nuestro).

Esta bienvenida innovación legislativa demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los "amigos del tribunal" por parte de los tribunales argentinos es firme. La mención única del Ministerio de Relaciones Exteriores, por su parte, no debe entenderse como un derecho exclusivo sino, por el contrario, como el reconocimiento de que este derecho a presentarse como *amicus curiae* también alcanza a este organismo del Estado –evitando de este modo eventuales impugnaciones basadas en que no corresponde escuchar en calidad de tercero a un organismo del Estado cuando se está demandando ante tribunales de ese mismo país, lo que podría ser interpretado por algunos como una indebida intromisión del Poder Ejecutivo–. Esta Ley, entonces, debe ser considerada también como una muestra de la voluntad pionera del Estado argentino por incorporar a nuestra práctica judicial la promisoría institución internacional del "*amicus curiae*".

Con estos antecedentes, entonces, es que ahora nos presentamos ante V.E. con el objeto de que se consideren nuestros argumentos sobre la materia litigiosa en estos autos. Creemos que las consideraciones precedentemente citadas de la Cámara Federal, así como las particularidades del caso –entre las que vale destacar el interés público que se demuestra por el caso en las numerosas noticias periodísticas y debates en medios masivos que siguieron a la condena por parte del tribunal inferior–, justifican con creces la presentación de este memorial.

VI. Petitorio:

Esperando que este aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.E. solicitamos

- 1) Se tenga al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y al Centre for Justice and International Law (CEJIL) como *Amici Curiae* en esta causa.
- 2) Se tengan presentes los memoriales elaborados por el CELS y el CEJIL, así como los aportados por los Dres. Julio B. J. Maier y Eugenio Raúl

Zaffaroni, y las adhesiones prestadas por los Dres. Germán Bidart Campos, Guillermo Moncayo y Jorge Vanossi.

Proveer de conformidad y tener presente que,

Es Justicia.

Víctor Abramovich Cosarín
T.40 F. 45

Emilio F. Mignone
Presidente
CELS

Viviana Krsticevic
Co-Directora
CEJIL

AMICUS CURIAE

Eugenio Raúl Zaffaroni, domiciliado en la calle Suipacha número 1031, primer piso, unidad 9, de esta Ciudad de Buenos Aires, declaro ser Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Litoral. Doctor h.c. por la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Profesor Titular ordinario de derecho penal y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Titular ordinario de Criminología de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires, Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y haberme desempeñado como Asesor Especial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y como Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD).

In re: Kimel, Eduardo Gabriel, con sentencia de primera instancia del 25 de setiembre de 1995, y al sólo efecto de mejor ilustración, me permito observar:

1. La sentencia que condena a Kimel por el delito de injurias se estructura sobre tres hechos o afirmaciones de Kimel, que constituirían las bases o supuestos fácticos de la tipicidad a que se llega:
 - a. La afirmación de Kimel de que no fueron tomados en cuenta elementos decisivos para la elucidación del asesinato.
 - b. La brevedad e ingenuidad del interrogatorio del policía actuante ante la denuncia de sospechosos en el lugar.
 - c. La crítica general a los jueces durante la última dictadura militar.

2. La simple lectura de lo afirmado por Kimel permite descartar totalmente la referencia al punto b), pues es claro que se está refiriendo a un comportamiento que no es del querellante y que, por ende, no puede afectar su honor. Pese a que la sentencia insiste en este punto (fs.276, vta., 278), de la lectura del texto resulta que se trata de una crítica muy dura a un interrogatorio, pero policial y no judicial: critica la forma en que el funcionario interrogó al sospechoso y cómo le creyó simplemente que estaba esperando a una señorita y nada más.

3. Restan los otros dos supuestos fácticos que, la misma sentencia señala, son producto de juicios de valor (fs. 278). El juicio de valor es una opinión y nadie puede dudar que los actos de cualquier funcionario público, y especialmente los de la Constitución, como son los jueces o los legisladores, pueden ser sometidos a juicios de valor u opiniones por parte de cualquier habitante del país. Es de la esencia de la República que así sea. Este derecho está ampliamente garantizado por la Constitución y por el derecho internacional de los Derechos Humanos que hoy forma parte del texto supremo. Es innecesario en el caso abundar en el tema.

4. Reconoce la sentencia que no se han hecho imputaciones que configuren delitos de acción pública, lo que es correcto. Dicho de otro modo: no se le imputa al querellante la violación de sus deberes jurídicos, pues de lo contrario sería una calumnia. Siendo ello así, se trata de una opinión crítica sobre su actuación en un caso determinado, producto de una valoración de Kimel que, obviamente, difiere de la valoración que el querellante hace de su propia conducta. La sentencia lo reconoce pero *fundá su reproche en que Kimel emitió opinión y no se limitó a informar* (fs. 280). De ello se deduciría que respecto a las conductas de los jueces, los periodistas debieran limitarse a informar y no podrían emitir opiniones. Este corolario me parece a todas luces inadmisibles por chocar frontalmente con todas las disposiciones vigentes sobre libertad de expresión.

5. La sentencia entiende que la afirmación de Kimel acerca de que el querellante no tomó en cuenta elementos decisivos para la elucidación del caso afectaría como mínimo la idoneidad del mismo para el desempeño del cargo. (fs. 278 vta.).

Se trata a mi juicio de otra valoración subjetiva de la sentencia hartamente peligrosa para la vida democrática: toda persona que critique a un funcionario público, en base a que podría haber hecho algo diferente y mejor, estaría afectando el honor del funcionario, dado que pondría en duda su idoneidad para el desempeño del cargo y, por ende, estaría incurso en delito de injurias.

Si ello fuese así, sería imposible la vida democrática, porque toda la oposición sería criminalizada, pues invariablemente el opositor político sostiene que el funcionario debiera hacer otra cosa mejor que la que hace. Por ende, se trata de una afirmación incompatible con la vida democrática y, consecuentemente, inválida desde el punto de vista constitucional.

6. No puede afirmarse a este respecto ninguna particularidad con referencia a la labor judicial de investigación o instrucción, porque se trata de una materia que es eminentemente opinable, o sea, que es perfectamente admisible que el querellante tenga una opinión y el querellado otra diferente, dado que no es una cuestión matemática. Más bien, las razones de cada uno sería sano que las conociese la población y juzgase cada quien por sí mismo. La cuestión es de las que corresponden al debate público y no al ámbito de las lesiones al honor.

Salvo los casos de groserísimas omisiones en el cumplimiento de la ley, de flagrantes desconocimientos del derecho o de sentencias claramente *contra legem* sin fundamento alguno, en general, las interpretaciones jurídicas son materia de discusión. Los límites de los esfuerzos de investigación instructoria también lo son. Varias personas que estudian un hecho se orientan por pistas diferentes, aconsejan investigaciones y seguimientos distintos y es imposible lograr al respecto una unidad de criterio. Esto lo sabe el funcionario y debe saber que en razón de ello está sujeto a la posibilidad de crítica, que no es más que una consecuencia inevitable de asumir la función. Lo contrario implicaría que el único criterio válido sería el del juez interviniente y que, cualquier otro que sostuviese otro criterio y le criticase opinando que pudo haber hecho algo mejor, estaría afectando su honor y tildándole de incompetente. Sin duda, este es el criterio de la sentencia, incompetente. Sin duda, este es el criterio de la sentencia, que no parece compadecerse con la realidad de las cosas y el normal funcionamiento de la tarea de investigación judicial.

7. La afirmación de que “la actuación de los jueces durante la última dictadura militar fue, en general, condescendiente cuando no cómplice de la represión dictatorial”, es una crítica política general, que no puede vedársele a ningún periodista ni a ningún ciudadano: es otra materia abierta al debate de hechos, ideas y valoraciones. Sostener lo contrario implicaría la prohibición de valorar la actuación de los integrantes del Poder Judicial en cada período histórico, lo que justamente constituye la historia política del Poder Judicial de cada país, materia que está muy necesitada de investigación y que cada día tiende a profundizarse, como parte de la necesaria construcción de un derecho político del Poder Judicial.

8. La sentencia parece querer descalificar como “foránea” la tesis de la “real malicia” en materia de delitos contra el honor. Es verdad que es una

tesis de origen anglosajón, pero lo cierto es que está ampliamente reconocida en la jurisprudencia de muchos países de diversa tradición legislativa y, además, no puede omitirse la importancia de la jurisprudencia constitucional norteamericana en nuestro país, al punto que fue opinión de los primeros constitucionalistas y de nuestra propia Corte Suprema, que era fuente de conocimiento para la interpretación de nuestra Constitución Nacional.

Su principal traducción en términos de derecho penal de tradición continental europea –puesto que tampoco nosotros hemos inventado la metodología del derecho penal que aplicamos– debe ser, a mi juicio, que *no es admisible el dolo eventual en los delitos contra el honor, al menos cuando son cometidos por medio de la prensa.*

En la sentencia (fs.290) parece confundirse el rechazo del viejo *animus injuriandi* con el requerimiento de que se trate de dolo directo. Dejo expresamente de lado todo el debate actual sobre el dolo eventual, (problematizado seriamente desde que se ha puesto de manifiesto que sólo puede caracterizarse diferencialmente de la culpa con representación o culpa consciente, por medio de una disposición interna o elemento o componente de ánimo, como lo señala Juan Bustos y lo admite Elio Morselli), para señalar la prudencia constitucional del criterio jurisprudencial que lo excluye en materia periodística, pues de lo contrario tal actividad sería poco menos que imposible. La tesis contraria se remonta a los intérpretes del código imperial alemán, tales como Reinhart Frank (aunque no la compartía Binding), y por lo general, se cita jurisprudencia del RG (Tribunal del Reich) de 1939 (así, Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1970, p. 1059). La mención de esta última fecha me exime de mayores comentarios.

En síntesis: *entiendo que la sentencia de primera instancia que condena a Kimel por el delito de injurias no es compatible con las garantías constitucionales vigentes antes de la reforma de 1994 y tampoco con el derecho internacional de los Derechos Humanos incorporado en la misma, especialmente con el correcto entendimiento de los numerales 1 y 2 del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos del art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

Es mi opinión.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Buenos Aires, 15 de enero de 1996.

AMICUS CURIAE

Julio Bernardo José Maier, con domicilio en Paraná 723, 6° piso, 1017 Buenos Aires, quien declara ser abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor titular ordinario del Departamento de Derecho penal y criminología para Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales) y haberme desempeñado como consultor internacional en varios proyectos sobre administración de justicia penal.

In re: Kimel, Eduardo Gabriel, con sentencia de primera instancia del 25 de setiembre de 1995, requerido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y por el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) a este efecto, me permito observar, para mejor ilustración del tribunal que revisa la sentencia:

I. MATERIAL INCLUIDO EN LA CONSULTA

El CELS, junto con la invitación, me remitió una carpeta en la cual se incluía el texto completo de la sentencia de primera instancia, que comento, una síntesis del caso desde el punto de vista de la defensa del condenado y la opinión del Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Sobre la base de ese material opino.

De manera negativa, debo aclarar que no he leído el libro que, según quien se agravia, contiene la ofensa y, por supuesto, desconozco todo dato del procedimiento que no surja, en principio, de la sentencia: mis citas y afirmaciones se refieren a su contenido, aun cuando los coloque en boca de otra persona.

II. MI OPINIÓN

A. El caso frente a la capacidad del juez sentenciante para darle solución

El primer problema de la sentencia, que emerge a simple vista, porque el tribunal lo ha advertido expresamente e, incluso, afirma haber decidido en contra de la tesis jurisprudencial dominante, está constituido por una derivación del principio acusatorio: la regla que se acostumbra denominar como *correlación entre la acusación y la sentencia*. Por conocido, me eximiré de explicar el principio teóricamente (mis precisiones sobre él, en Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino. Fundamentos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, ps. 336 y ss.). Sólo diré que él es un desprendimiento necesario de la garantía constitucional de proporcionar al imputado la posibilidad cierta de resistir la imputación (defensa: CN, 18) y que su principio

regulador reside en la necesidad de impedir la *sorpres*a en el fallo, que, en el caso de violación a esta regla, decide sobre una imputación no formulada por el acusador o sobre elementos constitutivos de ella en la condena que no fueron introducidos por el acusador y, de esta manera, impide la resistencia a una imputación no deducida en el procedimiento.

La situación de hecho, admitida por el tribunal sentenciador, es, básicamente, la siguiente: se querelló (acusó) por el delito de calumnia y la sentencia condena por el delito de injuria. El acusador (privado: delito de acción privada) sólo introdujo la posibilidad de una injuria en el informe final sobre el resultado del procedimiento—último acto del llamado *plenario*, según el procedimiento empleado—, cuando ya no existía para la defensa la posibilidad de contestar la imputación, de resistirla probatoriamente y de debatir sobre ella.

La plataforma de hecho que sostiene la afirmación de que el autor del libro calumnió al juez Rivarola admite, en principio, que el juez, cuando condujo la investigación del caso, “realizó todos los trámites inherentes” a ella, que describe, incluso consigna que “hizo comparecer una buena parte de las personas que podrían aportar datos para el esclarecimiento” y, además, aclara que “cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación”; en síntesis, parte de la afirmación de que el juez obró como lo hubiera hecho cualquier juez idóneo en cumplimiento de su función, sobre todo si se tiene en cuenta el papel que cumple un juez de instrucción, sobre el que luego volveremos. Pero el juez se agravia, sobre todo, de observaciones realizadas por el autor del libro que cuestionan, de manera general, la forma de operar de los jueces de ese momento:

- a) la lectura del expediente le sugiere la pregunta acerca de si –los jueces que en ella intervinieron: empleo del impersonal “se”, voz pasiva oculta, en la pregunta—... ¿se quería llegar a una pista que condujera a los victimarios?”;
- b) de manera más clara, como un reproche general a todos los jueces de ese período: “La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial...”
- c) por fin, después de afirmar que el juez Rivarola cumplió con los requisitos formales de la investigación, explica que “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”, única afirmación que puede referirse personalmente al juez Rivarola, dada la proximidad con su mención,

pero que genera grandes dudas acerca de si, aislada y, más aún, conforme al contexto, no se trata, antes bien, de otra afirmación general.

Allí reside, o no reside, toda la eventual ofensa. El problema del interrogatorio policial escueto o deshonesto de quien intervino inmediatamente después del hecho, no tiene vínculo alguno con la investigación, según lo ha explicado el Prof. Zaffaroni.

Tiene razón la sentencia cuando observa que, en todo ello, no existe imputación alguna de un delito de acción pública, ni siquiera en relación a una figura relativamente abierta como el incumplimiento de los deberes del funcionario público, en este caso, del juez. Por lo contrario, el texto del libro parece esforzarse por descartar, en relación al juez querellante, una imputación tal. Menos aún es posible sostener que en esas líneas existe la imputación de encubrimiento, en el sentido de un favorecimiento personal hacia el autor, subsunción francamente descabellada según el relato. El hecho de que haya sido imputado aquí el delito de calumnia es comprensible sólo por el dolor del querellante acerca de aquello que consideró una ofensa.

Si ello es así, es claro que, como el mismo juez sentenciante lo sabe y lo confiesa en su fallo, él ha condenado *ex officio* por el delito de injuria, imputación que la acusación no contiene y que, está fuera de duda, el acusador, dentro del régimen procesal aplicable, no pudo agregar en el acto final del procedimiento, cuando ya no existía posibilidad alguna, para la defensa, de contestar el argumento, probar en contra de él y concluir acerca del resultado del debate. La verdadera pregunta consiste en resolver el problema acerca de si le estaba vedado o permitido hacerlo.

No pretendo resolver la pregunta con argumentos generales de doctrina o de jurisprudencia. En este sentido es cierta la confesión del propio juez sentenciante acerca de que la doctrina jurisprudencial dominante, en el caso de las acciones privadas, veda esta posibilidad. El argumento principal, utilizado correctamente, parte de advertir que el límite de la actuación de la ley penal, en esos casos, está fijado por la acusación. Y allí no se fija sólo el límite superior, sino el límite absoluto, la única manera de aplicar la ley penal abierta por la instancia de quien domina su aplicación, según sucede, analógicamente, en el Derecho privado o en el público patrimonial. Para admitirlo basta observar aquello que sucede cuando la voluntad del ofendido domina, en proporción menor, la imputación penal: si la víctima de violación, para mantener reserva sobre el acto sexual cumplido, sólo abre la instancia en relación a tocamiento impúdico previo del autor, sólo se puede proceder a 'formar causa' con ese límite y está vedado a los órganos de persecución penal extender la averiguación al acceso carnal.

Sí, en cambio, resulta de interés para el caso afirmar, de manera general, que en los delitos de acción pública, perseguibles de oficio, puede suceder algo similar, pero por otras razones. Hoy ya no se discute, en doctrina, que la aplicación del principio *iura novit curia* a rajatabla genera indefensiones manifiestas. Jürgen Baumann (*Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 267 y ss.) es quien, con una traducción aparecida entre nosotros, explica el fenómeno de una manera general, referida a la definición del objeto del procedimiento: la valoración jurídica del hecho pertenece, en principio, al objeto del procedimiento. Esta es la razón por la cual las legislaciones procesales penales modernas prevén, como complemento del *iura novit curia* la prohibición de condenar sobre la base de la utilización de un precepto penal distinto a aquél contenido en la acusación admitida para provocar el debate (Ordenanza procesal penal de la Rep. Fed. de Alemania, §265; CPP Modelo Iberoamérica y Proyecto CPP argentino, 1986, 322, II) y regulan el único procedimiento permitido para ampliar, durante el debate, las posibilidades jurídicas del fallo, con el objetivo claro de permitir la defensa y evitar la sorpresa. ¿Cuánta más razón habrá para sostener el principio, así interpretado, en las acciones penales privadas, cuyo régimen no debe diferir del utilizado en el Derecho privado, sin una argumentación plausible?; en ellas se agrega, al argumento defensivo, el invocado en general por la jurisprudencia para las acciones penales privadas, relativo al dominio de la víctima sobre la actuación de la ley penal, posible sólo en los límites de la voluntad del actor, que representa, según Chiovenda lo expresara, la condición para la actuación de la voluntad de la ley. El hecho de que la ley procesal penal aplicable no describa el principio positivamente, o lo describa deficientemente, no es óbice para dejar de aplicarlo, porque, según es conocido, él deriva necesariamente de la garantía constitucional que impone la inviolabilidad de la defensa (CN, 18).

Veamos ahora el caso concreto, que, dicho de antemano, proporciona mayores argumentos para sostener el principio. Uno de los elementos del tipo de la calumnia, elemento normativo, consiste en que la ofensa represente una imputación delictiva de acción pública. Y al igual que la exigencia de un relato claro, preciso y circunstanciado de los elementos descriptivos, la acusación debe también ser específica respecto de los elementos normativos de la imputación que deduce: no basta decir "calumnia" –definición conceptual y, por ello, abstracta–, sino, antes bien, es necesario describir, y demostrar luego, como está presente, en el caso concreto, el elemento normativo requerido para la infracción por la ley penal que funda la atribución. Como ya hemos visto, una imputación tal está completamente ausente, conforme a la propia descripción fáctica meritada en la acusación, razón por la cual ella fracasa, según la propia sentencia de primera instancia. Para poder condenar la sentencia ha debido cambiar el objeto procesal establecido por la acusación: ahora no se trata de la imputación al querellante de

un delito de acción pública, sino, tan sólo, de una ofensa cualquiera y de cualquier entidad, acerca de cuyo significado como tal el imputado no ha podido defenderse correctamente.

Ello se advertirá claramente si se observa que, a pesar de la determinación dogmática acerca de que la injuria constituye el tipo básico de los delitos contra el honor, ello no autoriza a confundir el régimen material de la subsunción típica, de la justificación o de la disculpa, ni el régimen procesal de su tratamiento. Así como el impedir un hurto puede no ser suficiente para justificar un homicidio, quizás sí puede determinar que no se considere como ilícito penal una lesión leve (infracciones progresivas). Ello quiere indicar que las defensas frente a una imputación de lesión corporal dolosa no son idénticas a aquellas que se puede intentar para un homicidio doloso, como tampoco son idénticas las que pueden ser intentadas para una injuria que aquellas que pueden ser empleadas en el caso de una calumnia: particularmente varía de manera fundamental, en el ejemplo, la ponderación de bienes jurídicos, en el caso, ofensa leve o encubierta vs. crítica a quienes desempeñan una función pública.

De la mano de lo que yo creo que debe resultar del proceso de subsunción típica en el caso, sobre la base de los documentos examinados –en especial, de la sentencia–, proporcionaré otro ejemplo relativo a él. Con razón no ha sido explorada en el caso la posibilidad de que, como creo haber advertido, se trate tan sólo de una ofensa equívoca o encubierta (CP, 112), pues no hubo acusación al respecto. El hecho de que el autor del libro haya dedicado los párrafos considerados ofensivos a la generalidad de los jueces de un período determinado –como si yo dijera de los jueces que poseen conocimientos jurídicos deficientes– o, al menos, de que sea posible interpretar así sus palabras (la duda favorece al reo) da pie para esta solución. Tanto el régimen procesal como el material de este tipo de eventuales ofensas difiere del correspondiente a la calumnia y, también, al correspondiente a la injuria. En particular, en el caso que presento resulta fundamental averiguar si la supuesta ofensa abarca a quien se ha considerado víctima o, por lo contrario, el autor ha sido traicionado por su empleo general del lenguaje y no formula imputación alguna respecto de quien se cree ofendido (puede que mi afirmación general sobre la escasez de conocimientos jurídicos de los jueces excluya a mis colegas académicos, caso individual en que el juez, además, es profesor universitario). Por lo demás, hubiera bastado como defensa destruir el equívoco a favor de quien se supone ofendido, esto es, prestar *explicaciones satisfactorias* (CP, 117), para determinar la absolución del querellado (no interesa aquí el nivel de la teoría del delito que desaparece). El mismo ejemplo se multiplica si pensamos en la adecuación típica, en la justificación, en la disculpa, en las causas de exclusión de la punibilidad, que sólo son examinables frente a un objeto concreto –precisamente, el objeto proce-

sal integrado por el significado jurídico de la imputación en la acusación admitida–; cuando los autores explican de modo general estos extremos sólo cumplen con su función de sentar las bases del razonamiento que un juez o las partes de un procedimiento deben emplear en un caso concreto.

La conclusión, entonces, es clara: tanto por el régimen de la acción privada, como por la indefensión que provoca, a la sentencia no le estaba permitido decidir sobre una posible injuria, no contenida en la acusación; la sentencia, al condenar por injuria una acusación de calumnia constituye una *sorpres*a –jurídicamente hablando– para el imputado, que se ha visto privado de argumentar y de probar según corresponde para resistir la imputación, y hasta de explicar convenientemente el caso para abortarlo o lograr la absolución, y, además, excede sus facultades, las concedidas al sentenciante, dada la naturaleza privada de la acción ejercida. En su lugar debió absolver, precisamente porque verificó que la única imputación del acusador no era correcta.

B. El caso frente al Derecho penal

Bajo la condición de que existe un derecho fundamental a la crítica de la actuación de los funcionarios públicos, como tales o en algunos aspectos de su vida privada, derecho que no desconozco pero del cual aquí no me puedo ocupar, al menos en abstracto, resulta ingeniosa la traducción de la doctrina de la Corte norteamericana (exigencia de *malicia*) que el Prof. Zaffaroni realiza al sistema dogmático de cuño continental (exclusión del dolo eventual del tipo de los delitos contra el honor cuando se trata de la crítica a un funcionario público). Lo cierto es que esa doctrina es hoy moneda corriente en nuestros tribunales, cualquiera que sea su expresión lingüística y su procedencia, y que es sostenida en numerosos casos por nuestro tribunal supremo sobre la base del derecho a crítica o información, reconocido como de raigambre constitucional a partir del derecho a expresar las ideas por intermedio de la prensa. Sobre ello no abundaré, precisamente por la aclaración anterior.

Prefiero contribuir a cierto esclarecimiento de aquello que hoy, sin demasiada argumentación, ya se afirma de manera corriente. En primer lugar no es cierto que este derecho, de existir, corresponda a los periodistas, como corporación específica. En todo caso deriva de un derecho de cualquier habitante de este país, que, no por carecer cotidianamente de un medio por el cual expresar sus ideas, conforme a la particular organización capitalista de la prensa por empresas de lucro (editoriales, periódicos, radios, televisión), debe carecer de este derecho: a lo sumo ello debería advertir sobre la desigualdad de los habitantes frente al ejercicio de sus derechos fundamentales, algo que tampoco es privativo de este derecho sino que se extiende a

la consideración de todos o casi todos los derechos fundamentales, incluyendo aquellos que se refieren a la materia penal.

En segundo lugar, los derechos fundamentales, también según doctrina corriente, son, en la mayoría de los casos, relativos. Ello quiere significar que, cuando coliden con otros derechos ajenos o con mandatos y prohibiciones, están sometidos a una ponderación comparativa para decidir, argumentalmente cuál de ellos desplaza al otro. Este procedimiento es conocido jurídicamente con el nombre de justificación, en el sentido de que el ejercicio de un derecho, cuando colide con una prohibición o con un mandato, precisa del procedimiento para justificar el emprendimiento de ese ejercicio: es aquello que sucede cuando el mecánico, en ejercicio de su derecho de retención, concedido por la ley civil, retiene—cumpliendo el tipo de la ley penal: 173, 2°— el automóvil que me reparó hasta que yo le pague el precio de la reparación.

Si ello es así, entonces se debe decidir si, en el caso concreto del autor y su libro, la crítica que sin duda ejerce sobre la actividad de los jueces en un período está justificada frente a la ofensa supuestamente inferida. Para ello es de fundamental importancia el contenido de la ofensa y su intensidad. Para que se comprenda este punto de vista esbozaré un ejemplo: si el autor del libro hubiera sostenido que el juez de instrucción ha brindado a los autores un auxilio, necesario o secundario, para que pudieran realizar su hecho (por ejemplo, la promesa previa de impunidad mediante la investigación que cumpliría, en conocimiento del plan homicida de aquellos) y tal afirmación hubiera sido falsa o tan sólo indemostrable, parece no haber duda que el autor de ese libro imaginario no podría ampararse en la justificación, pues ejerció abusivamente el derecho a informar o a la crítica. Lo mismo sucedería frente a la imputación de favorecimiento personal que, según la sentencia, contiene la acusación—erróneamente— para fundar la acción calumniosa que atribuye.

Pero el caso es que la misma sentencia conduce a una conclusión mucho más benigna—apenas una ofensa injurianta no muy determinada— y que yo pienso que aún esta determinación es equivocada, conforme a las palabras del libro, pues la única calificación posible, según lo demostrado en la sentencia, es la de injuria equívoca o encubierta. No parece que, frente a esta imputación y a la importancia del caso criticado, el asesinato de tres sacerdotes y dos seminaristas de la Orden Palotina, el autor del libro haya ejercido desmesuradamente su derecho a crítica al advertir sobre las dificultades de la investigación inmediata al hecho por parte de los jueces competentes, dificultades que, además, fueron y son ciertas: su mejor prueba es, precisamente, su relativo esclarecimiento, al menos en lo que se refiere a los autores mediatos o instigadores de la acción cumplida, aunque el hecho no haya podido ser juzgado.

Expresar, por ejemplo, que en la época del hecho se conocía que él era el resultado de una orden de represión del poder militar, pero que, por eso mismo, resultaba imposible reaccionar contra ello, y que cualquier investigación que ahondara la pesquisa, como fue posible posteriormente, no era posible entonces, es, según me parece, expresar una verdad de Perogrullo, que todos—o casi todos— conocemos como cierta, aun sin demasiado conocimiento sobre el caso concreto.

Por lo demás, el caso en sí representa una exageración acerca de las funciones atribuidas a un juez de instrucción como deber. Ciertamente, sólo desde el punto de vista jurídico se puede afirmar que el juez de instrucción “investiga”. Lo que él hace obligatoriamente es darle forma, según la ley procesal, a aquellos elementos de prueba que otros le indican, p. ej., la policía, eso es, los incorpora, en la forma jurídica dispuesta, a un procedimiento que tiene su propia finalidad. Es correcto afirmar que tiene *facultades* de investigación judicial por sí mismo, autónomas, pero no lo es, en una medida casi total, que el ejercicio de esas facultades constituya un deber para él, en el sentido de que la falta de ejercicio de esas facultades—discrecionales— lo convierta en un transgresor jurídico. Así como el juez no está compelido a detener—como acción física— al imputado en situaciones que, por ejemplo, requieren de otros—la policía— acciones concretas que, si son omitidas, constituyen una infracción al deber jurídico, así tampoco le es exigido al juez de instrucción el ejercicio de facultades de investigación que son previstas como tales. Distinto sería, por ejemplo, que él omitiera decidir sobre la prisión preventiva o la falta de mérito después de haber indagado al imputado, u omitiera dictar sentencia al final del procedimiento: esa omisión sí representa el incumplimiento a un deber jurídico de su función. Esta introducción pretende poner en claro, muy sintéticamente, que la crítica al modo según el cual los jueces ejercen facultades discrecionales es, precisamente, política o vulgar, pero no jurídica. Desde el primer punto de vista esa crítica no difiere de la que yo puedo hacerle al actual ministro de economía por no introducir en su plan económico a los intereses de vastos sectores de la población, que hoy sufren en razón del mismo plan o quedan marginados. Sin duda él puede introducir al plan esos intereses, pero, por razones que hoy no necesito comentar, no los incluye ni a manera de correctivo del plan general. Desde el segundo punto de vista, la afirmación puede representar, muy en el fondo, una crítica cotidiana a la forma con la que todos nosotros manejamos nuestras facultades. Solo a título de ejemplo: la crítica es del tipo de aquella que podemos formular contra un ciudadano que, pudiendo defender a un tercero en situación de necesidad frente a una agresión, no lo hace (legítima defensa de un tercero), no persigue al autor y lo detiene.

Las palabras del autor del libro me dan la razón: él ha reconocido que el Sr. Juez que se considera ofendido ha hecho todo lo que debía hacer—como

deber— en el procedimiento, hasta por momentos parece rescatar su actuación como valiosa o más valiosa que la de otros colegas, y sólo hace residir su crítica en lo que pudieron hacer los jueces por encima de ello, comportándose como valientes o como adalides de la justicia material del caso. No nos gusta escuchar que no somos santos y reconocer que somos gente común, que nos comportamos como tales cotidianamente, pero ello no quiere decir que, quien nos lo indica, nos ofenda. Del mismo modo, el juez que se considera ofendido puede espetarle al periodista autor del libro que él pudo publicar ese libro durante la dictadura militar o, al menos, denunciar ante él aquello que ya sabía.

Según se observa, desde este punto de vista, que al menos no parece estar lejos del relato fáctico sobre el cual informa la propia sentencia, ingresa en tela de juicio la misma calificación de las palabras del autor del libro como ofensa de cualquier tipo, incluso del más leve referido a la ofensa equívoca.

Tanto la justificación por el ejercicio legítimo del derecho de criticar a los funcionarios públicos, en el caso de existir una ofensa, como el atribuir al texto el significado de una crítica sólo política, al juez o a la generalidad de los jueces de ese entonces, conducen a la absolucón.

Estas son las consideraciones que me merece la sentencia de primera instancia, a la que considero errónea según su resultado final, pero acertada e interesante tanto en su relato como en varias de sus consideraciones. Mis consideraciones resultan, por lo demás, producto de una observación con escaso tiempo de meditación sobre los documentos que me fueron enviados, pues, por razones personales—aquí ocultas—y por estar el procedimiento del recurso en pleno trámite, no puedo destinar un tiempo mayor a la consulta.

Agradezco el haber sido elegido para dictaminar por el CELS y el CEJIL, en calidad de *amicus curiae*, un honor para mí.

Julio Maier

Buenos Aires, 26 de febrero de 1996

MEMORIAL SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la constitución de las Naciones Unidas, se ha venido desarrollando con inaudita celeridad el denominado Derecho Internacional de los derechos humanos. Esta novísima rama del Derecho, constituida fundamentalmente por tratados multilaterales sobre la materia, se completa con decisiones provenientes de organismos internacionales y declaraciones sobre cuestiones específicas. En el ámbito estrictamente internacional, la utilización de esta rama es cada vez más cuantiosa, como lo demuestra el permanente aumento del número de causas tramitadas ante las más diversas instancias internacionales.

Pero más allá de esta aplicación por parte de los organismos internacionales, un nuevo cauce se abre en la utilización de este derecho para fortalecer aún más la protección judicial de las garantías y las libertades. Nos referimos, claro está, a la progresiva aplicación de este Derecho Internacional por parte de los tribunales locales. Esta tendencia, que tuvo su "momento declarativo" mas importante en el reconocimiento que las constituciones nacionales de muchos y diversos países hicieron de la jerarquía máxima de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se está concretizando actualmente con el reconocimiento cada vez más sistemático que hacen los tribunales locales de la letra de los tratados sobre la materia, y de las decisiones de órganos internacionales encargados de aplicarlos.

Cada vez con mayor énfasis, el Derecho internacional y el derecho interno interactúan auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos, superando definitivamente la visión clásica que los distinguía radicalmente (Albanese, Susana, "interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno" en *El Derecho* 09/12/91, p. 1). En este sentido, muchas constituciones contemporáneas reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente protegidos. En los últimos quince años, diversas constituciones iberoamericanas han subrayado la importancia de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno (véase Constitución portuguesa de 1976, art. 16; Constitución española, art. 10.2; Constitución peruana de 1978, art. 105; Constitución Política de Guatemala, art. 46; Constitución de Nicaragua de

1987, art. 46; Constitución chilena de 1989, art. 5 (II); Constitución brasileña de 1988, arts. 4.11 y 5.2; Constitución Política de Colombia de 1991, art. 93).

Es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado en el Derecho argentino que, una vez ratificados, los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno (Véase Jorge Vanossi, Régimen Constitucional de los Tratados, Bs. As., 1969; Werner Goldschmidt, "Los tratados como fuente del derecho internacional público y el derecho interno argentino", en *El Derecho* 110-955; Ana María Reina, "El régimen jurídico de los tratados en la República Argentina" en *Atribuciones del Congreso Argentino*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales, p. 333; Vinuesa, Moncayo y Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público* T.I. Zavalía, Bs. As., 1977). La Constitución argentina, reformada en 1994, al otorgarle rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, definitivamente resuelve esta cuestión. En efecto, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución estipula en forma genérica que: "los tratados... tienen jerarquía superior a las leyes". En cuanto a los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, establece que "tienen jerarquía constitucional" (Véase, entre otros, Augusto Mario Morello, "El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino (En torno a algunas parcelas)" en *El Derecho*, Tomo 135 p. 888; Miguel Carrillo Bascary, "Los Pactos sobre Derechos Humanos: Reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional" en *Zeus*, Tomo 53 p. 2; Osvaldo Gozaini, "Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno" en *La Ley* 1990-D-567).

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no está destinada solamente a servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales argentinos podría llegar a significar la adopción de una decisión arbitraria por prescindir de normas de rango constitucional.

Por ello, los tribunales internos son quienes tienen a su cargo velar para que todas las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en materia de derechos humanos, incluidas las incorporadas en la Convención, sean plenamente respetadas y garantizadas por los otros poderes del

Estado. Según sostiene la doctrina: "El Estado tiene el derecho de delegar la aplicación e interpretación de los tratados en el Poder Judicial. Sin embargo, si los tribunales cometen errores en esa tarea o deciden no hacer efectiva la aplicación del tratado (...) sus sentencias hacen incurrir al Estado en la violación de aquél" (Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 346, la traducción nos pertenece).

Una cuestión de suma trascendencia y estrechamente vinculada al reconocimiento de la obligatoriedad de la aplicación de los tratados internacionales por parte de los tribunales nacionales es la de a quiénes alcanza la interpretación de la normativa internacional que deberá ser aplicada por los jueces locales. En este sentido, son esclarecedoras las palabras de la Corte Interamericana:

"La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-14/94, 9/12/94, p. 9).

En igual sentido, ha afirmado la Corte Suprema que, para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Nuestro tribunal supremo tiene ya una larga tradición de citar decisiones de tribunales internacionales cuando debe interpretar el alcance de algún derecho tutelado en los pactos. Este camino que se iniciara ya hace varios años y que tuvo expresión en diversas decisiones de nuestra Corte Suprema (ver, por ejemplo, Fallos 310:1476 y Fallos 312:2490), tuvo un primer reconocimiento explícito en el *leading case* Ekmekdjian c/Sofovich, en el que nuestro supremo tribunal sostuvo que "la interpretación del Pacto debe, además, guiarse, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (considerando 21, Jurisprudencia Argentina, julio 29 de 1992).

Recientemente, la Corte Suprema en su trascendente decisión en el caso G., H. D. y otros s/recurso de casación, del 7 de abril de 1995 (publicado en E.D. t. 163, p. 161 y sgtes.) ha avanzado en este rumbo al expresar (después de referir que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica):

"11. Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75,

inc. 22, 2o. párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana".

Y concluye nuestro máximo tribunal:

"12. Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional".

De lo hasta aquí expuesto, surge claramente que, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación y el texto de la Constitución argentina reformada en 1994, los tribunales argentinos, cuando deban resolver sobre materias de derechos humanos, deben tomar en consideración la normativa internacional y su interpretación jurisprudencial desarrollada por los organismos supranacionales de aplicación. Tal como quedará demostrado por los argumentos de Derecho internacional que transcribiremos a continuación, la aplicación del Derecho de los derechos humanos en esta causa debe necesariamente llevar a la absolución del periodista Eduardo G. Kimel.

II. ACERCA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO "PIEDRA ANGULAR" DEL ESTADO DE DERECHO

Determinado ya el alcance y la importancia del Derecho internacional de los derechos humanos para los tribunales locales, corresponde ahora detenernos en la protección que esta rama del derecho brinda a la libertad de expresión –y a su especie, la libertad de prensa–. Iniciaremos este recorrido identificando el contenido de esta libertad, de acuerdo a lo estipulado en los tratados internacionales, para dar paso luego a un análisis de las eventuales causas que pudieran justificar una restricción al derecho a expresar e informarse.

El derecho a la libertad de prensa y expresión se encuentra amparado por el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por el Estado argentino e incorporados a la Constitución argentina (art. 75 inc. 22).

Sin que sea menester reproducir aquí el texto constitucional, parece en cambio, oportuno transcribir los artículos respectivos en ambos tratados:

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Art. 13. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESION (parte 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.
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.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Como puede observarse con la simple lectura de su texto, la Convención protege y promueve una concepción muy amplia de la libertad de expresión y pensamiento. A través de la protección de dicha libertad, la Convención intenta lograr dos objetivos fundamentales: por un lado, resguardar la autonomía de las personas reconociendo y protegiendo su derecho a expresar, crear y recibir información; y, al mismo tiempo, persigue asegurar el funcionamiento de la democracia garantizando el libre intercambio de ideas en el ámbito público.

Con este punto de partida, la Corte interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado la protección y promoción de un concepto amplio de la libertad de expresión sosteniendo que la libertad de expresión, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada (Opinión Consultiva OC-5/85, del 13/11/1985, serie A, No 5). En palabras de la misma Corte:

“El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...” Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está violando, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas. De todo lo dicho resulta que el derecho protegido por el art. 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión.

En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.” (*ibídem*, #30).

Este carácter amplio de la libertad de pensamiento y expresión se completa con la íntima relación que existe entre esta libertad y la necesidad de no impedir su difusión, de acuerdo una vez más a la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho del Pacto de San José de Costa Rica. En este sentido ha dicho este tribunal que: “Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente” (*ibídem* #31).

En última instancia, todas las disposiciones de la Convención pretenden maximizar las posibilidades de participar en el debate público, especialmente cuando además de proteger la expresión de ideas, reconoce el derecho colectivo a ser debidamente informado y el derecho a réplica. La Convención protege el derecho a la información con el fin de proteger y promover la diversidad de fuentes, como también, el derecho a réplica para asegurar el acceso al ámbito público de aquellos afectados por informaciones inexactas o agraviantes. Con este esquema, se cierra el círculo que permite la verdadera realización del debate democrático. La Corte Interamericana se refiere a esta relevancia política de la libertad de prensa en los siguientes términos:

“En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia” (*ibídem*, #32).

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana, por su parte, ha destacado la importancia de la plena vigencia de estas libertades para la consolidación de un Estado democrático. En su Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la Comisión ha dicho que “considera también que en este difícil momento de recuperación

democrática guatemalteca, la existencia de una prensa independiente, responsable y profesional es requisito indispensable”, para luego agregar que “es igualmente indispensable que todos los agentes del Estado cumplan con su obligación de respetarla...” (4to. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, CIDH, 1993, p. 88).

Si nos hemos detenido en estas extensas transcripciones de las decisiones de los órganos máximos del sistema interamericano, se debe a que, las particularidades del caso que hoy anotamos, nos exigen destacar sin ambigüedades la importancia de la libertad de expresión como un elemento constitutivo del Estado de Derecho. Es por ello que, tal como lo destaca el texto transcrito de la Comisión Interamericana, es esencial el papel que deben jugar todas las instituciones del Estado en pro de una categórica garantía y protección de estos derechos. Entre ellos, el Poder Judicial es, sin lugar a duda, el ámbito por excelencia donde los derechos y las libertades deben gozar del mejor reconocimiento.

En el desarrollo de dicha tarea, los tribunales deben elaborar criterios que permitan una real operatividad de la garantía de la libre expresión, conforme a una interpretación que en verdad no desatienda la finalidad política y republicana de ese derecho; y tengan en cuenta que de nada sirve hacer absoluta la proscripción de la censura previa si se es laxo, en cambio, en la punición de la expresión ya consumada, pues de ese modo se vacía y deja sin sentido alguno al derecho fundamental en análisis (cfr., con esos términos, Héctor Mario Magariños, “*Delito y Libertad de Expresión*”. Doctrina Penal, 1988, ps. 461-471).

En este sentido, los jueces a la hora de dictar sentencia acerca de expresiones ya emitidas denunciadas como calumniantes o injuriantes, deben atender no sólo a la copiosa jurisprudencia nacional, sino también a los criterios que desde el derecho internacional de los derechos humanos se han elaborado sobre este tema y, en consecuencia, poner en la balanza judicial el peso de la responsabilidad que acarrea la limitación de un derecho esencial para la convivencia democrática.

En forma coincidente, los órganos de protección del sistema europeo han otorgado al art. 10 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos un alcance real y de dimensiones profundamente democráticas. Tanto la Corte como la Comisión europea, al igual que la Corte y Comisión Interamericanas, consideran a la libertad de expresión “como uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”. (sentencia caso Handyside, ECHR, serie A, nro. 24, p. 23).

En síntesis, el carácter intrínsecamente democrático de estas libertades debe obligar a los tribunales a ser extremadamente cuidadosos al momento de interferir con el pleno ejercicio de estos derechos. Como veremos a continuación, la amplitud que debe dársele a la libertad de prensa y expresión no es sinónimo de que debe entenderse a estos derechos como absolutos. Sin embargo, los riesgos que implica el cercenar la libertad de expresión sólo se justifican en circunstancias excepcionalísimas. Por el contrario, en casos como el del periodista Kimel, donde la restricción se sustenta únicamente en el supuesto deshonor de un funcionario público, se debe tener siempre presente que las limitaciones al debate público sólo pueden debilitar la credibilidad de las instituciones democráticas.

III.- RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ADMITIDAS POR LA CONVENCIÓN

Como bien lo ha expresado la Corte Interamericana, “Lo anterior no significa que toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, sea necesariamente contraria a la Convención... (*ibídem*, #35)”. “Así pues, –continúa este tribunal– como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del art. 13.2” (*ibídem*, #36). En cualquier caso, la Convención le otorga un lugar de privilegio a este derecho y, en consecuencia, no favorece de ningún modo interpretaciones ligeras que limiten esta libertad sin demasiado fundamento.

La Convención tiene establecidas reglas genéricas para interpretar las restricciones a derechos protegidos en su texto (arts. 29 y 32). Estos principios generales son:

- 1) **Las restricciones no pueden poner en peligro la vigencia de ningún derecho.** Esta regla es una deducción natural del principio general de interpretación de buena fe de los tratados y de hacerlo a la luz del objetivo y propósito que persigan (principio de interpretación teleológica). En este sentido, la Comisión ha dicho que las limitaciones a un derecho pueden justificarse en la necesidad de armonizarlo con el ejercicio de otro, siempre que se asegure de este modo el mejor ejercicio de todos los derechos protegidos por la Convención (CIDH, Séptimo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Cuba).
- 2) **La interpretación de las limitaciones a los derechos reconocidos en la Convención debe ser siempre restrictiva.** Este principio se sigue de que, de otro modo, se vulneraría el objetivo central del tratado, en tanto éste aspira a un completo ejercicio de los derechos protegidos.

Como los demás derechos tutelados por la Convención, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y, en consecuencia, puede sufrir restricciones; pero estas limitaciones solo pueden justificarse en la necesidad concreta de acomodar su ejercicio con los derechos de los demás, con la seguridad de todos y con las exigencias del bien común en una sociedad democrática (art. 32 de la Convención); además, dichas restricciones no pueden ir más allá de las establecidas en el art. 13.2.

El principio básico que debe guiar a los tribunales en su aplicación del Pacto, es que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de censura previa, sino que solamente puede dar lugar a responsabilidades ulteriores. Pero aún en los casos en los que se imponen sanciones posteriores, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

- La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley;
- La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas,
- Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.

Completando el cuadro, el inc. 3 del mismo art. 13 dispone que, en ningún caso, las restricciones a estos derechos pueden provenir de vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres o aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación de ideas u opiniones.

De lo expuesto hasta aquí surge claramente que las restricciones a la libertad de expresión deben ser excepcionales, y sólo justificables en razón de la gravedad institucional que la expresión de un determinado pensamiento provocaría. Retomando, una vez más, los ilustrativos razonamientos de la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 5:

"Se desprende de la reiterada mención a las "Instituciones democráticas", "democracia representativa" y "sociedades democráticas" que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es "necesaria para asegurar" uno de los objetivos mencionados en los literales a) ó b) del mismo artículo (art. 13 del Pacto), tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas" (*Ibidem* #42).

"Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas" (*ibidem*, #44), "...por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido" (*ibidem*, #46).

Este "principio democrático" para la interpretación de las restricciones a los derechos protegidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, se ha visto positivizado por la Convención Europea, cuando, refiriéndose a eventuales restricciones las condiciona a que sean "necesarias en una sociedad democrática" (art. 10). Este principio, ha sido receptado por la Corte Interamericana para la interpretación del Pacto de San José, al considerar que "esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna previsión comparable con el art. 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda 'excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno'" (*ibidem*, #44).

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS CRÍTICAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Existe en la jurisprudencia internacional una sólida construcción doctrinaria sobre la posición preferencial de la libertad de expresión para los casos en que los términos controvertidos se dirijan a funcionarios estatales, políticos e, incluso, a figuras públicas. Como veremos a continuación, se parte del presupuesto de que las expresiones vertidas sobre funcionarios públicos tienen un "valor agregado": las opiniones sobre funcionarios públicos no deben ser medidas con la misma vara que justifican que aquellas que solo involucran a particulares. Dos razones de gran peso justifican esta diferenciación. En primer lugar, la importancia que la crítica a la actuación de los funcionarios públicos tiene para la vigencia de las instituciones democráticas, lo que justifica evitar en la mayor medida posible el acallamiento de cualquier opinión en torno a cuestiones de interés general; y, en segundo término, el hecho de que el funcionario, en su carácter de tal, se ha convertido en un eventual sujeto pasivo del escrutinio social, relegando en alguna medida la privacidad y la protección de su honor en las actividades que realiza en torno a su actividad pública.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha detenido a analizar la importancia de la crítica a los funcionarios públicos en su importante informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana. En ese informe –que tuvo su punto de partida en una solución amistosa en la que el Estado Argentino se comprometió a derogar esta figura de nuestra legislación, al tiempo que la Comisión se comprometió a preparar un capítulo específico sobre esta materia– este organismo interpretó la colisión entre el derecho a la libre expresión y ese delito penal desarrollando algunos argumentos sumamente trascendentes para la cuestión que hoy nos ocupa. Como la misma querrela lo reconoce, de haber existido la figura del desacato, este hubiera sido el tipo penal elegido por el ofendido; las razones que merituaron la derogación de esta figura, entonces, deben rescatarse para evitar que, tras otro tipo penal, se castigue aquello que la Comisión sostuvo que es un lícito ejercicio del derecho a expresarse.

Sostuvo la Comisión:

“El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión” (Informe Anual de la Comisión Americana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/11.88. Doc 9. rev, 17 de febrero de 1995, p. 218).

“El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor” (*Ibidem* p. 219).

Los artículos 13(2) y (3) reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la

libertad de expresión. *En efecto si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitor que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica (Ibidem, p.222; el destacado es nuestro).*

La Comisión continúa con sus incuestionables argumentos en torno a la necesidad de no perseguir penalmente a quienes opinan sobre la actuación de los funcionarios públicos –y, en el caso contra el Estado Argentino que concluyó en el mencionado acuerdo entre las partes, se trataba también de un magistrado–, pero no parece que sea necesario detenerse aún más en la transcripción de estas razones: esta distinción que claramente señala la Comisión, es a todas luces aplicable a la problemática de las injurias, ya que en este delito tampoco se distingue entre hechos (pasibles de ser probados) y juicios de valor. La condena recaída sobre Kimel, se funda exclusivamente en expresiones que constituyen juicios de valor por lo que, el aseverar que son injuriantes o calumniantes, requiere de un grado aún mayor de certeza por parte del juzgador respetuoso de las restricciones admisibles a la libertad de prensa.

Debemos ahora detenemos en la materia específica del Caso Kimel: el triángulo que conforma la relación entre la libertad de expresión, la protección del honor del funcionario público y el delito de injurias. Sobre esta cuestión en particular, no existen antecedentes de trascendencia dentro del marco del sistema interamericano de derechos humanos, en cambio, hay una jurisprudencia unánime en el ámbito del sistema europeo.

La Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos, a la hora de aplicar el artículo 10 (libertad de expresión) en relación con la protección de la intimidad y el honor (art. 8) del Convenio, han establecido claros standards cuyos criterios sobresalientes transcribimos a continuación¹:

1 En el ámbito del derecho comparado, resulta interesante la concepción de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica –que como es sabido siempre ha constituido una guía para las decisiones jurisprudenciales argentinas–, que ha afirmado que debe existir “un profundo compromiso nacional en favor del principio de que el debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y amplio, y que bien puede llegar a incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces, desagradablemente agudos respecto del gobierno y de los funcionarios públicos” y por lo tanto “las garantías constitucionales requieren una rca4 federal que prohíba a un funcionario público el reclamo de daños por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada “actual malice”, esto es con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no” (NW York Times vas. Sullivan, 376, U.S., p. 269-270, 1964).

- 1.- Se debe evaluar si las expresiones utilizadas son hechos, u opiniones, o juicios de valor.
- 2.- Se debe evaluar si las expresiones utilizadas forman parte de las materias de debate público, de interés público legítimo o de debate político.
- 3.- Se debe evaluar si las expresiones utilizadas afectan la vida privada de alguien.
- 4.- Se debe evaluar el tono y la manera en que ha sido expresado el hecho.

Por ejemplo, en el caso "Lingens" (ECHR, "Lingens case v. Austria", juzgado el 8 de julio de 1986, Series A, No. 103) tanto la Corte, como la Comisión han sido muy claros al respecto. Los hechos que originaron este caso fueron los siguientes: el periodista Lingens había publicado varios artículos en la revista austríaca "Profil" poco después de unas elecciones generales, en los que criticaba duramente al canciller Bruno Kreisky por defender al Sr. Friedrich Peter, jefe del Partido Liberal, quien poco antes había sido acusado por Simón Wiesenthal, presidente del Centro de Documentación Judía, de haber servido durante la última guerra en la "SS" que había tomado parte en masacres civiles tras las líneas alemanas en Rusia. En aquellas críticas el periodista había vertido expresiones tales como "el oportunismo más detestable", "inmoral", y "desprovisto de dignidad". El canciller Kreisky ejerció la acción penal por injurias contra el periodista, consiguiendo que se lo declarara culpable por el Tribunal Regional de Viena, sentencia posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelación.

Al fallar el Tribunal Europeo, consideró de manera muy estricta las restricciones relativas a las expresiones de opinión en materia de casos de interés público legítimo, al sostener que "los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, ..., se expone inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante". No está de más resaltar que la Corte interpreta el término "expresión política" en sentido amplio, incluyendo a los actos de los policías (Thorgierson c. Islandia, serie A 239, 1992), los actos de los jueces (Barfod c. Dinamarca, serie A 149, 1989) y varios otros donde estén en juego asuntos de interés público.

En otro caso, se había condenado penalmente al Senador del Partido Nacionalista Vasco, Miguel Castells, por haber injuriado al gobierno en una publicación en el año 1979, en período de transición democrática. Acusaba

en esa publicación a grupos policiales de colaborar con grupos paramilitares que asesinaban sistemáticamente a los refugiados políticos vascos radicados en el sur de Francia y acusaba al gobierno de corresponsabilidad por falta de acción en contra de la colaboración mencionada.

La Comisión sostuvo que la condena a Castells era una violación al art. 10 de la Convención, ya que las expresiones vertidas por el mismo se habían producido dentro de un contexto de crítica política hacia el poder y sobre un asunto de interés general. Las restricciones de la libertad de expresión, o de prensa, no pueden servir de instrumento por parte del poder para limitar la crítica legítima de las autoridades públicas.

La Corte por su parte sostuvo que "...la posición dominante que ocupa el gobierno hace necesario que éste disponga restrictivamente de los procedimientos penales, particularmente cuando tiene a su disposición otros medios para replicar los ataques injustificados y críticas de sus adversarios o de los medios" (Castells c. España, ECHR serie A 236, párr. 46, 1992).

Debemos necesariamente concluir de los considerandos transcritos que existen razones de extrema relevancia que justifican priorizar la libertad de expresión por sobre el honor de los funcionarios públicos. Estos antecedentes del sistema europeo son plenamente aplicables por nuestros tribunales, puesto que así lo han reconocido tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En relación con el sistema de protección europeo, ha dicho la Corte Interamericana en la O.C.5/85, "...que la comparación hecha entre el art. 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art.10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas" (O.C. 5/85, parágrafo 50). De esta forma, los órganos de los estados partes que pretendan respetar los derechos garantizados en la Convención Americana, no sólo deben tener presentes las interpretaciones dadas por la Comisión y la Corte Europea, sino que deben proyectar sus decisiones de un modo aún más amplio y protectorio de la libertad de expresión.

Nuestra Corte Suprema, por su parte, ha justificado en reiteradas oportunidades la importancia de aplicar la jurisprudencia de los tribunales europeos de derechos humanos para interpretar el articulado de la Convención Americana. Así, ha expresado la Corte al momento de interpretar el art. 8. 1. de la Convención que:

“...a tal fin, resulta conveniente remitirse, tal como se hizo en el caso “Fimenich” (considerando 5) a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la Convención que rige en el viejo continente, cuyo artículo 6, inciso 1, está redactado en términos casi idénticos a la disposición americana en cuestión” (Micro-omnibus Barrancas de Belgrano S.A., Fallos 312:2490).

Esta jurisprudencia de la Corte Suprema, sumada a la interpretación arriba transcripta que la Comisión Interamericana ha hecho de la estrecha relación existente entre el articulado de la Convención Europea y la Convención Americana sobre libertad de expresión (que se completa con la jurisprudencia del Caso G., H. D. y otros/recurso de casación destacada en el punto I de este memorial), deben provocar, sin más, la aplicación de estos principios a la causa seguida contra el periodista Kimel.

V. LA CONDENA A KIMEL A LA LUZ DE LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Corresponde ahora analizar la decisión del tribunal de primera instancia en la Causa Kimel, a la luz de los principios del Derecho internacional de los derechos humanos aquí enunciados. Como ya fuera expresado por quienes aquí nos presentamos en calidad de *Amicus Curiae*, no es nuestra intención intervenir en esta causa en calidad de defensores de Eduardo G. Kimel. No obstante esta salvedad, creemos que el reconocido interés público del caso, cuya resolución trasciende con creces el interés de las partes, nos obliga a avanzar en la aplicación de los principios internacionales de derechos humanos para el caso particular.

A Eduardo Gabriel Kimel se lo condena por la comisión del delito de injurias tipificado en el art. 110 del Código Penal que castiga al que deshonra o desacredita a otro, con pena de prisión de 1 mes a un año y multa.

Los párrafos considerados injuriosos tanto por la querrela como por la jueza al dictar su fallo, están ubicados en el capítulo del libro “La Masacre de San Patricio” que trata sobre la investigación judicial de los asesinatos de los curas palotinos. Allí Kimel escribe:

“El jardín de los senderos que convergen.

La investigación Judicial

La causa inicial por el asesinato de los palotinos fue tomada desde el inicio por el Juez Federal Guillermo Rivarola y la Secretaria de Gustavo

Guerrico; el Fiscal actuante fue Julio Strassera. La investigación, significativamente, no estuvo patrocinada por la congregación a la que pertenecían las víctimas, tampoco por ninguno de los parientes. Durante ese período que va desde el asesinato hasta agosto de 1977 en que se dicta sentencia de sobreseimiento provisorio, la causa fue auspiciada por el Estado. *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 podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conducen a una primera pregunta: Se quería realmente encontrar una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la última dictadura militar 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 resulte bastante ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto.*

Los fundamentos de la sentencia condenatoria, tanto cuando descarta la comisión del delito de calumnias como cuando considera la realización de la conducta injuriosa, ignoran o directamente descartan los fundamentos de Derecho internacional que meritan una decisión en favor de la absolución de Kimel. Del fallo no surge valoración alguna de los derechos en conflicto: libertad de expresión, derecho a la información, derecho al honor de los funcionarios públicos. Por el contrario, la transgresión de los límites a la libertad de expresión por parte de Kimel, según palabras de la sentenciante “no requieren mayores comentarios”.

La jueza considera que no existe en el caso una colisión entre el derecho a informar y la dignidad de un magistrado “toda vez que tanto el derecho a informar, como el honor de todos y cada uno de los habitantes de la República, gozan de idéntica garantía constitucional” y “que el Sr. Kimel con su exceso transgredió los límites impuestos para el ejercicio del derecho que invoca”. La sentencia establece que la defensa ha interpretado e introducido en forma caprichosa al Pacto de San José de Costa Rica por considerar que “el derecho a informar no puede avasallar el respeto a los derechos y reputación de los demás”. Estos breves comentarios sobre la sentencia condenatoria bastan para demostrar la necesidad de incorporar los precedentes de los tribunales internacionales de derechos humanos en este caso.

Como hemos visto, la conducta de Kimel debe ser analizada no solo a la luz del derecho penal interno, sino que compromete también la libertad de pensamiento y expresión protegida por el Art. 13 de la Convención Americana. Esta proyección internacional de la conducta incriminada está dada

por el hecho de que condenar al autor de un libro por expresiones críticas contra un funcionario público (en este caso un juez) compromete el derecho internacional a la libertad de pensamiento y expresión en las dos vertientes que garantiza el art. 13.1 de la Convención Americana:

- (a) El derecho del Sr. Kimel a expresarse críticamente respecto al sistema de administración de justicia de su país, y
- (b) El derecho de los conciudadanos del Sr. Kimel a "recibir... informaciones e ideas de toda índole".

La doctrina y jurisprudencia internacional elaborada alrededor de la libertad de pensamiento y expresión, tanto en el contexto del art. 13 de la Convención Americana, como el de las figuras análogas del art. 19 del Pacto Internacional y el art. 10 de la Convención Europea, ponen de relieve la preeminencia del derecho de quien recibe la información por sobre el derecho a expresarse de quien la emite. El interés pre eminentemente tutelado por el art. 13 de la Convención Americana es la formación de la opinión pública a través de una crítica robusta de la administración pública (incluyendo a la administración de justicia). Esta doctrina surge claramente de los fundamentos de la opinión consultiva No. 5 de la Corte Interamericana ("La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", 13/11/85, Revista del IIDH, vol. 2, p.87-122), en cuyo párrafo 69 se expresa:

"Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse..."

Esta perspectiva que brinda el art. 13 de la Convención Americana permite un encuadre más adecuado de los derechos en el caso "Kimel". No se trata simplemente del derecho a expresarse del Sr. Kimel frente al derecho del juez querellante a proteger su reputación. Se trata de examinar, en primer lugar, si las expresiones vertidas en el libro del Sr. Kimel estaban dirigidas a menoscabar la honra, reputación y dignidad del juez querellante y, en segundo lugar, si la protección de este derecho a la reputación justifica menoscabar el acceso a la información de la sociedad en su conjunto penalizando al Sr. Kimel.

En cuanto a lo primero, es decir si las expresiones de Kimel estaban dirigidas a menoscabar la reputación del magistrado, la propia sentencia expresa que se trata de "una crítica con opinión, a la actuación de un magistrado, frente a un proceso determinado... Trátase de un juicio de valor elaborado en torno a otro juicio de valor".

Sin embargo, a renglón seguido estas críticas y opiniones se transforman, sin que podamos advertir por qué razones, en "Crítica y opiniones que, en lo pertinente, alcanzan en forma precisa y determinada, la gestión del Dr. Rivarola, respecto del cual, efectúa en realidad, para expresarnos con propiedad, juicios de "disvalor" y que la labor que la defensa califica como de "investigación, información y opinión", ha trascendido este ámbito, perfectamente resguardado por las garantías constitucionales, .. para irrumpir en el terreno de la innecesaria y sobreabundante crítica y opinión descalificante y peyorativa, respecto de la labor de un Magistrado... Todas y cada una de las referencias relativas al querellante, pudieron ser suprimidas, sin alterar el espíritu de la obra, quitar o poner a la realidad de aquel tiempo o entorpecer la narración histórica de los hechos".

Independientemente de la crítica literaria, nada de esto surge de los párrafos escritos por Kimel. Por el contrario, la totalidad de sus dichos encuadran perfectamente en la descripción de las expresiones que, de acuerdo a los lineamientos internacionales, deben ser protegidas de cualquier forma de censura.

El medio escogido por el Sr. Kimel para expresarse indica que los dichos alegadamente injuriosos no estaban dirigidos al juez querellante sino a la opinión pública. El hecho de que estas expresiones críticas hayan sido vertidas por medio de la prensa escrita compromete el derecho a la información protegido por el art. 13 de la Convención. Y el hecho de que la crítica haya sido dirigida a la manera de administrar justicia compromete también el tipo de información que el art. 13 de la Convención Americana tiene el propósito de robustecer y alentar. Es inevitable que este tipo de crítica moleste y ofenda al funcionario público responsable de administrar justicia, pero esto no debe hacer perder de vista que el objeto de la crítica no es el funcionario individualmente considerado, sino la manera de ejercer la función judicial que le ha sido encomendada. Y resulta perfectamente congruente con la letra y el espíritu del art. 13 de la Convención Americana que este tipo de críticas, aunque sean de mal gusto, desmedidas, o agraviantes, sean alentadas en una sociedad democrática. En palabras de la Comisión Interamericana:

"...es especialmente (en) el caso de la arena política en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicio de valor y no median-

te declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica. Además, la amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, puede utilizarse como medio para suprimir la crítica y los adversarios políticos. Más aún, al proteger a los funcionarios contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia, protege al propio gobierno de las críticas" (Informe sobre Desacato, pp. 219-220).

No es esta la interpretación que se ha hecho de este caso.

Aunque en la sentencia se acuerda con la defensa respecto de que se deja entrever en el contexto global, una crítica a la gestión y actitud del Poder Judicial en general, durante la vigencia del régimen militar, signada por el temor y las limitaciones propias del Estado de Facto, se aclara que:

"tales excesos... son ... desbordes de los límites propios de la libertad de prensa". Se lo condena a Kimel porque "a lo largo de su exposición introduce aserciones, fundadas en su personal apreciación de hechos y circunstancias, que desmerecen, ponen en tela de juicio o descalifican la intervención del Dr. Rivarola en la causa..." y por haber incurrido en un exceso injustificado, arbitrario e innecesario, so pretexto de informar al público en general, sobre ciertos y determinados acontecimientos históricos... 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. Y en este *exceso*, de por sí dilacerante, se halla precisamente el delito que "ut-supra" califico". Recordemos, para relacionar estas frases con lo que se está valorando, que la jueza se está refiriendo a la pregunta de Kimel acerca de si se quería realmente encontrar una pista que condujera a los victimarios y a su consideración respecto de que elementos decisivos para averiguar lo ocurrido no fueron tomados en cuenta. Sin embargo, como ya dijimos, la transgresión de los límites por parte de Kimel, según la jueza, "no requiere mayores comentarios".

Finalmente lo condena por el delito de injurias a la pena máxima -1 año- y al pago de \$25.000 en concepto de daño moral, por considerar que tal afectación al honor ha tenido lugar ya que la duda o sospecha que el querellado "cierne sobre la eficacia de la actuación del Magistrado en una

causa de trascendencia internacional,... 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".

La condena al Sr. Kimel, de ser confirmada, constituiría una violación de la Convención, en la medida en que omite ponderar un adecuado equilibrio entre el bien jurídico tutelado por la figura penal de la injuria en el derecho interno y la libertad de pensamiento y expresión garantizada por el art. 13 de la Convención Americana. Este equilibrio es el que precisamente ha intentado establecer la Corte Europea en las causas "Lingens" y "Castells" ya citadas, destacando la preeminencia de la libertad de expresión por sobre el honor reivindicado por un político austriaco y por funcionarios policiales españoles. Es el mismo equilibrio que ha intentado establecer la Corte Interamericana al condenar el requisito de la colegiación obligatoria de periodistas en su Opinión Consultiva No. 5. Otro tanto hizo la Comisión Interamericana al presidir el arreglo amistoso en la causa "Verbitsky", también citada con anterioridad. Le incumbe a este tribunal de alzada analizar a la luz de los valores establecidos por estas pautas internacionales en qué medida el cuestionamiento que plantea el Sr. Kimel a la administración de justicia no merecer ser protegido en aras de garantizar y alentar la libre discusión de cuestiones que atañen al interés de todo ciudadano.

El principio de que una persona no debe ser penalizada por expresar su pensamiento es fundamental para la viabilidad de todo régimen republicano de gobierno que este Tribunal de Alzada debe defender y vehiculizar a través de sus decisiones. Cuando esta expresión se manifiesta a través de la prensa y su contenido roza aspectos relacionados con la administración pública, los instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico argentino pueden y deben ser utilizados con provecho.

El Centro para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se reunió en 1984 para tratar este delicado tema en la ciudad de Siracusa, concluyó que "[un] límite a los derechos humanos sobre la base de la reputación de otros individuos no debe ser empleado para proteger al Estado y sus funcionarios de la opinión o críticas públicas." (Principios de Siracusa, 1984). Esta interpretación contribuye a vigorizar el equilibrio adecuado entre la libertad de expresión que consagra el art. 13 de la Convención Americana, el bien jurídico tutelado por la figura del art. 110 del Código Penal y el fortalecimiento de una sociedad democrática. Esta es la interpretación que propugnamos para que se revoque la condena del Sr. Kimel.

VI. LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Este memorial ha girado en torno al llamado *el Derecho internacional de los derechos humanos*. Esta moderna ala del derecho integra la materia más amplia del *Derecho internacional público*, y muchos de los conceptos básicos que alimentan el Derecho internacional público son también los pilares sobre los que se construye el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Es por ello que, en las líneas que siguen, nos dedicaremos a establecer los criterios que desde el Derecho internacional público se han establecido respecto a la responsabilidad internacional que les cabe a los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Es una de las reglas básicas del derecho en general, y del derecho internacional público en especial, que los acuerdos se firman para ser respetados. En el caso del derecho internacional público, el principio "*pacta sunt servanda*" es constitutivo de esta rama del derecho. Es por ello que una regla básica de análisis en el caso de acuerdos internacionales debe ser la consideración de la responsabilidad internacional que desembocaría del incumplimiento de una obligación asumida para con otro Estado o la comunidad de Naciones en general.

A partir de esta consideración formal, es necesario entonces evaluar la necesidad de que todas las esferas del Estado argentino consideren la responsabilidad internacional por la toma de una decisión que resulta violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

"Uno de los principios más profundamente arraigados en la doctrina y uno de los mejor confirmados en la jurisprudencia y en la práctica de los Estados, es el que todo comportamiento de un Estado calificado por el Derecho internacional como hecho jurídicamente ilícito origina la responsabilidad internacional del Estado en cuestión; la negación de este principio en efecto, reduciría a la nada al Derecho internacional, ya que de no admitirse la responsabilidad por hechos ilícitos, se negaría también la obligación de los Estados de comportarse conforme al Derecho internacional" (J.A. Carrillo Salcedo; *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 143).

Es necesario recordar otros dos principios básicos del Derecho Internacional Público que nos ayudarán a comprender la delicada situación en la que se encuentra nuestro país:

- a) Según surge de una costumbre internacional, ahora cristalizada en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe*.

- b) El art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dispone que *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*.

Por su parte, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos acata estos principios básicos del Derecho internacional Público. Dicha norma establece que, ante un conflicto entre disposiciones de derecho interno e internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos, debe elegirse aquella interpretación que amplíe y no restrinja el goce de los derechos garantizados en la Convención.

La disposición constitucional del art. 75 inc. 22, viene a regularizar definitivamente la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, y a dejar totalmente fuera del ámbito de discusión la clásica oposición entre monismo y dualismo. Esta disposición tiene como consecuencia práctica que no sea posible oponer disposiciones locales internas frente a compromisos internacionales. Por ejemplo, en el ya citado caso de Ekmekdjian c/Sofovich, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

"Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27" (La Ley 1992-C pág. 543 y siguientes).

La doctrina establecida en el caso Ekmekdjian no debe tomarse como una doctrina aislada de nuestra Corte Suprema, por el contrario, sus fundamentos han sido repetidos por nuestro máximo tribunal cada vez que se ha presentado la oportunidad. A continuación transcribimos un considerando del fallo en el que se decide la extradición del ex-jerarca nazi Erich Priebke en el que no sólo se reafirman los principios de Ekmekdjian sino que se alude a una larga serie de otras sentencias en las que se aplica preminentemente el Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno: "...Y en este sentido, el Tribunal debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional (Confr. preámbulo y artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas, cuya ratificación fue aprobada por la ley 12.383 y artículo 5, incisos b y c de la Carta de la Organización de Estados Americanos ratificada por decreto-ley 328/56, a su vez ratificado por ley 14.467. Asimismo, artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobada por ley 19.865) no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta

Corte cuando pueda constitucionalmente evitarla (E.64. XXIII, Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, del 7 de julio de 1992, considerando 19 *in fine*; F.433 XXIII, Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica de Salto Grande, del 7 de Julio de 1993, considerando 3; y C.572.XXIII, Cafés La Virginia S.A. s/apelación (por denegación de repetición), sentencia del 13 octubre de 1994, considerandos 8 y 17). (Priebke s/solicitud de extradición. S.C. P. 48. XXXI. Sentencia del 20 de Marzo de 1995).

Por otra parte, una especial consideración merece hacerse respecto de la posible responsabilidad internacional generada por el accionar del Poder Judicial de un Estado. "Un análisis de la jurisprudencia internacional, práctica de los Estados, proyectos de codificación y doctrina muestra que los actos de los órganos judiciales pueden incurrir en responsabilidad internacional de tres maneras: 1, por violación directa de una obligación internacional; 2, por el hecho de que un juez o tribunal se niegue a recibir la demanda de un extranjero o dé trámite a la misma con retraso excesivo e injustificado; 3, porque respecto a la demanda de un extranjero se dicte una sentencia o resolución judicial manifiestamente inadmisibles desde el punto de vista de su contenido..." (Pastor Ridruejo, José A. *Curso de Derecho Internacional y Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 587, el resaltado nos pertenece). Continúa explicando el Prof. Pastor Ridruejo que la violación directa de una obligación internacional por un juez o un tribunal genera la responsabilidad internacional del Estado. En este supuesto es el propio hecho del ejercicio de la actividad Judicial el que desencadena sin más la responsabilidad internacional del Estado, sin que corresponda al Estado demandante (en nuestro caso al individuo demandante –que será el damnificado o quien desee denunciar el caso a la Comisión Interamericana. Cfr. Art. 44 C.A.D.H.–) prueba alguna de que juez ha obrado con mala fe o grave negligencia. (Cfr. Pastor Ridruejo, *Op. Cit.* p. 587).

La condena al periodista Kimel constituye una violación directa a una obligación internacional, por lo cual serían aplicables los principios enunciados en el párrafo anterior, esto es así ya que la libertad de prensa y sus límites se encuentran claramente establecidos en instrumentos que constituyen obligaciones internacionales para Argentina. Si una sentencia dictada por un órgano judicial interno desconoce esa libertad y sanciona a un periodista más allá de los límites tolerados, ese Estado incurre en responsabilidad internacional.

Alejandro Garro
Prof. de Derecho Comparado
Columbia Law School
Miembro del Consejo Asesor CEJIL

Ariel Dulitzky
Abogado
Codirector CEJIL

Martín Abregú
Abogado
Director Ejecutivo CELS

Viviana Krsticevic
Abogada
Codirectora CEJIL

Carolina Fernández Blanco
Asesora Jurídica CEJIL

Paula Vaca
Asesora Jurídica CELS

Buenos Aires, 4 de Marzo de 1996

Señor Director Ejecutivo
Dr. Martín Abregú
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)
Buenos Aires

Ref. Causa Kimel

De mi más alta consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a los efectos de formalizar por la presente mi adhesión a los memoriales "*amicus curiae*" que el CELS y el CEJIL presentarán en la causa Kimel. Cumplo con ello en secundar los argumentos elaborados por los Doctores Raúl Zaffaroni y Julio Maier, cuyos conceptos y puntos de vista comparto y a los que en homenaje a la brevedad me remito en este acto.

Con la esperanza de poder contribuir así a la reparación de una injusticia, hago votos por la rápida sustanciación de esta insólita causa.

Saludo a usted muy cordialmente.

Jorge Reinaldo A. Vanossi

Buenos Aires, Marzo 4 de 1996

Al
Centro de Estudios
Legales y Sociales
y
Centro por la Justicia
y el Derecho Internacional

De mi mayor consideración:

En mi carácter de Profesor Regular de Derechos Humanos y Garantías tengo el agrado de dirigirme a ustedes con referencia al caso judicial contra el periodista Eduardo Kimel, a efectos de prestar mi adhesión personal a los memoriales *Amicus Curiae* de ambos Centros y de los profesores Eugenio R. Zaffaroni y Julio B. J. Maier.

Comparto el núcleo argumental de dichos memoriales desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Argentino.

Para su presentación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional elevo esta nota a los dos Centros, con mi más atento saludo.

Dr. Germán J. Bidart Campos
C.S. T. 2 F° 113

Buenos Aires, marzo de 1996.

Al Centro de Estudios
Legales y Sociales

En mi carácter de Profesor titular de Derecho Internacional Público tengo el agrado de dirigirme a ese Centro, en relación a la causa judicial que se le sigue al periodista Eduardo Kimel a fin de expresar que comparto el criterio sustentado en los memoriales *Amicus Curiae* de los profesores Emilio R. Zaffaroni y Julio B.J. Maier y del CELS.

Ello, con arreglo a las reglas y principios del derecho internacional y de derecho constitucional que los fundamentan.

A los fines de su presentación a la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, remito esta nota a ese Centro, con mi mayor consideración,

Guillermo R. Moncayo