

LA DOCTRINA DE LA "REAL MALICIA" Y LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

THE DOCTRINE OF "TRUE MALICE" AND THE RECENT JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT ON THE FREEDOM OF EXPRESSION

HERNÁN GULLCO*

RESUMEN

En este comentario, se intentará demostrar que la doctrina de la Corte Suprema Estadounidense, elaborada a partir del célebre caso *New York Times v. Sullivan* (376 US.254 -1964), lejos de ser un producto "foráneo" ajeno a las tradiciones jurídicas latinoamericanas, se entronca con una rica corriente jurisprudencial que también forma parte del derecho de nuestros países. En el comentario, se examina la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso c. Panamá* (sentencia del 27.01.2009), con el objeto de demostrar la conexión entre la citada jurisprudencia estadounidense y la doctrina elaborada por la Corte Interamericana acerca del derecho a la libre expresión, que se encuentra reconocido en el art.13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Palabras claves: *Libertad de Expresión. Doctrina de la "real malicia". Caso "New York Times v. Sullivan". Su aplicación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

* Abogado. Master in Comparative Law (LLM), University of Miami, Estados Unidos de América. Profesor Ordinario de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Buenos Aires. Argentina. Dirección postal: Miñones 2177, 2º Piso (Código Postal 1428). Correo electrónico: hgullco@utdt.edu.

ABSTRACT

In the present paper, we will try to show that the doctrine of the famous United States Supreme Court case *New York Times v. Sullivan* (376 US 254 -1964), far from being an "alien" product which is foreign to Latin American legal traditions, is closely related to the principles of a vigorous case law tradition which is also an integral part of the law systems of our countries. In this paper, we examine, inter alia, the recent decision of the Interamerican Court of Human Rights in the case of *Tristán Donoso c. Panamá* (rendered on 01.27.2009) in order to show the link existing between the aforementioned American case law and the case law formulated by the Interamerican Court on the right of freedom of speech, which is protected under Article 13 of the American Convention of Human Rights.

Keys words: *Freedom of Expression. Doctrine of "true malice." Case "New York Times v. Sullivan". Its application to the Inter-American Human Rights System.*

I. INTRODUCCIÓN

En el caso *New York Times v. Sullivan* (376 US.254 -1964), la Corte de los Estados Unidos tuvo que resolver si era compatible con la Primera Enmienda de la Constitución de ese país¹, la legislación del Estado de Alabama, que establecía que el demandado en un caso de difamación sólo podía eximirse de responsabilidad civil si los hechos alegados en una solicitada, que había sido publicada por el diario demandado, habían sido absolutamente verdaderos.

La Corte respondió negativamente este interrogante²: "La presente solicitada [se refiere a la publicada en el 'New York Times'], como expresión de agravio y protesta en relación a uno de los grandes temas públicos de nuestro tiempo, pareciera claramente merecer protección constitucional. La cuestión es si pierde esa protección por la falsedad de algunas de sus manifestaciones fácticas y por su supuesta difamación al apelado

"Las interpretaciones autorizadas de las garantías de la Primera Enmienda se han negado, reiteradamente, a reconocer una causa de justificación basada en la prueba de la verdad -ya sea que ésta sea aplicada por los jueces, jurados o funcionarios administrativos- y especialmente en aquella que coloque la carga de la prueba al autor del discurso (Cf. 'Speiser v. Randall', 357 US 513, 525-526). La protección constitucional no depende de 'la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias en cuestión' CN.A.A.C.P. v. Button', 371 US 415, 445). Como dijo MADISON, 'algún grado de abuso es inseparable del debido uso de cualquier objeto; y en ningún caso es esto más cierto que en el caso de la prensa' (44 Elliot's Debates on the Federal Constitution [1876], p. 571). En 'Cantwell v. Connecticut' (310 US 296, 310) la Corte declaró: 'En el ámbito de la fe religiosa y en el de las ideas políticas, aparecen profundas diferencias. En ambos casos, las creencias de un hombre pueden parecer el error más grande para su vecino. Para persuadir a los demás acerca de su propio punto de vista, el polemista, como sabemos, a veces recurre a la exageración, al vilipendio de hombres que han sido, o son, personalidades eclesiásticas o políticas e incluso a la

¹ La Primera Enmienda establece, en la parte que interesa, lo siguiente: "El Congreso... Tampoco aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra y de prensa". Nota del autor. Se hace esta salvedad para distinguir las notas al pié del autor con las notas al pié de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se transcriben parcialmente a continuación.

² La presente versión en castellano de este fallo se basa en la de la obra *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, de BIANCHI, Enrique y GULLCO, Hernán, La Plata, Librería Editora Platense, 1997, pp. 133-141. Una segunda edición de esta obra se encuentra actualmente en prensa. Nota del autor.

falsa manifestación. Pero la gente de esta nación ha ordenado a la luz de la historia que, pese a la probabilidad de excesos y abusos, estas libertades son a la larga esenciales para una opinión esclarecida y para una conducta correcta por parte de los ciudadanos de una democracia'.

"Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre y éste debe ser protegido a efectos de que la libertad de expresión tenga 'el aire' que 'necesita...para sobrevivir' ('N.A.A.C.P v. Button', 371 US 415, 433)...

"El perjuicio a la reputación de los funcionarios no es mayor justificación para reprimir el discurso -que de otro modo sería libre- del que brindaría el error de hecho. En los casos en que los funcionarios judiciales se han visto afectados, esta Corte ha sostenido que el interés en la dignidad y la reputación de los tribunales, no justifica que se sancione como desacato penal a la crítica dirigida al juez o a su decisión ('Bridges v. California', 314 US 252). Esto es cierto aun cuando lo manifestado contenga 'verdades a medias' e 'información equívoca' ('Pennekamp v. Florida', 328 US 331, 342, 343, n.5, 345). Semejante represión ha sido justificada -si así se lo quiere considerar- sólo en los casos de un peligro claro y real de obstrucción de la justicia...Si los jueces han de ser tratados como 'hombres de fortaleza, capaces de prosperar en un clima adverso' ('Craig v. Harney', 331 US, at. 376), es claro que lo mismo debe ser cierto respecto a los otros funcionarios gubernamentales, tales como los comisionados municipales electos [Sullivan]. La crítica a la conducta oficial no pierde la protección constitucional simplemente por el hecho de ser crítica eficaz y que, por lo tanto, sea apta para disminuir la reputación oficial de los funcionarios en cuestión.

"Si ni el error de hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para remover el escudo constitucional que ampara a la crítica a la conducta oficial, la combinación de los dos elementos es no menos inadecuada. Esta es la lección que se debe extraer de la gran controversia sobre la ley de Sedición de 1798 (1 Stat. 596) que cristaliza una conciencia nacional sobre el significado central de la Primera Enmienda" (el énfasis ha sido agregado).

Con base en estas consideraciones, la Corte concluyó en los siguientes términos:

"La norma estatal no se salva por permitir la defensa de la verdad...Una norma que obligue al crítico de la conducta oficial a garantizar la veracidad de todas sus afirmaciones fácticas so pena de condenas por difamación virtualmente ilimitadas en cuanto al monto, conduce a una autocensura...Permitir la prueba de la verdad, con la carga de la misma en cabeza del demandado ['New York Times'], no significa que sólo las manifestaciones falsas vayan a ser disuadidas. Aun los tribunales que aceptan esta defensa [de la verdad] como una adecuada salvaguarda, han reconocido las dificultades de aportar prueba de que la supuesta difamación era veraz en todas sus particularidades fácticas...Bajo semejante regla, los eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, aun cuando crean que lo afirmado es cierto y aun cuando ello sea efectivamente cierto, debido a la duda de poder probarlo en los tribunales o por temor al gasto necesario para hacerlo. Tenderían a formular exclusivamente declaraciones que 'se mantengan bien apartadas de la zona de lo ilícito' ('Speiser v. Randall', supra, 357 US, at 526). La regla desalentaría el vigor y limitaría la variedad del debate público. Ello es inconsistente con las Primera y Decimocuarta Enmiendas³.

"Las garantías constitucionales requieren -creemos- una regla federal que prohíba a un funcionario público obtener daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con 'actual malice', esto es, con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no..." (fallo cit.; el énfasis ha sido agregado).

³ La Decimocuarta Enmienda establece que "...ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad, o la hacienda, sin el debido procedimiento legal...". Con relación a esta última Enmienda, la Corte estadounidense declaró en *Gilow v. New York*, 268 US 652, 666 (1925), que la libertad de palabra y de prensa "está entre los derechos personales fundamentales y las 'libertades' protegidos por la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda frente al menoscabo proveniente de la acción de los Estados" (conf. BIANCHI y GULLCO, *op. cit.*, p.139, nota. 8). Para la Primera Enmienda, ver nota 1. Nota del autor.

La doctrina de este caso ha sido ratificada y refinada por la Corte Estadounidense en varias decisiones posteriores. A través de esa jurisprudencia, el tribunal ha extendido, por ejemplo, la protección reforzada del derecho a la libre expresión a las afirmaciones de hecho, referidas no sólo a funcionarios públicos (como ocurría en el caso "New York Times v. Sullivan"), sino también a las "personalidades públicas", esto es, a personas que "se encuentran íntimamente comprometidas con el resultado de las cuestiones públicas importantes, o., en razón de su prestigio, tienen la responsabilidad de moldear los acontecimientos en áreas que interesan a la sociedad" (Corte Suprema Estadounidense, casos *Associated Press v. Walker*, 338 US 130 -1967- y *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 389 US 889 -1967)⁴.

Por otra parte, cuando la persona afectada por la información errónea no es una "personalidad pública" pero la cuestión posee "interés público", la Corte Estadounidense ha adoptado un estándar constitucional menos exigente que el enunciado en el caso "New York Times" para justificar la condena civil del medio. Así, en esos casos, ha resuelto que "... en tanto y en cuanto no establezcan una responsabilidad sin culpa, los Estados son libres para definir por sí mismos el criterio adecuado de responsabilidad respecto de un editor o un radiodifusor en los supuestos de falsedades difamatorias inferidas a un particular" (caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 US 323 -1974)⁵. Es decir, en tales supuestos, el actor no está obligado constitucionalmente acreditar el "dolo o la culpa grave" por parte del demandado sino la "simple culpa"⁶.

II. CRÍTICAS Y APOYOS A LA DOCTRINA DEL CASO NEW YORK TIMES V. SULLIVAN

A pesar de las fuertes razones a favor de la citada doctrina (exigir la verdad absoluta al informador puede provocar, en algunos casos, un riesgo inaceptable de autocensura), aquélla ha sido objeto de críticas diversas.

Un primer grupo de críticos, muy común en Argentina, considera que esa doctrina es ajena a "nuestro sistema jurídico de raíz europea-continental" ya que aquélla pertenecería al mundo del "common law"⁷.

Por otra parte, en el mencionado sistema del "common law", existen varios países (Australia, Nueva Zelanda, Gran Bretaña) cuyos tribunales, más allá de que en algunos casos han dictado decisiones favorables a la libre expresión, no han adoptado los estándares específicos de la "real malicia"⁸.

Sin embargo, existen países pertenecientes a la órbita del derecho continental, que han adoptado criterios en materia de libertad de expresión muy similares a los utilizados por la Corte Suprema Estadounidense.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Así, al interpretar el concepto de "información veraz" empleado en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española⁹, el citado tribunal ha elaborado la siguiente doctrina:

⁴ Conf. BIANCHI y GULLCO, *op. cit.* pp. 142-143. Nota del autor.

⁵ *Op. cit.*, p. 149. Nota del autor. Y, cuando la información carece de interés público y el afectado es un simple particular, la Corte Estadounidense no encuentra objeción alguna en que la legislación aplicable imponga un estándar de responsabilidad objetiva (conf. BIANCHI y GULLCO, *op. cit.*, pp. 152-160).

⁶ Ver nota 32 "infra" para una explicación de las equivalencias entre los conceptos del derecho constitucional estadounidense y del derecho continental en el área de la imputación subjetiva.

⁷ Para una reseña de estas opiniones y su intento de refutación, ver BIANCHI/GULLCO, *op. cit.*, pp.182-184. Nota del autor.

⁸ Ver la reseña de la citada jurisprudencia en. JACKSON, Vicky y TUSHNET, Mark, *Comparative Constitutional Law*, 2ª, Nueva York, Foundation Press, 2006, pp. 1620-1624. Nota del autor.

⁹ La citada norma dispone, en la parte relevante, lo siguiente: artículo 20.1: "Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y

“El art. 20.1 d) C.E. reconoce y protege el derecho a comunicar libremente información veraz. La precisión de qué debe entenderse por veracidad cobra así notable trascendencia para determinar si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional, o se sitúa fuera de él, y por el contrario, dentro del ámbito de conductas tipificadas por las normas penales. Y, a este respecto, este Tribunal ha precisado -siguiendo en esto la doctrina de órganos jurisdiccionales de otros países-¹⁰ *que ello no significa que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada*. Lo que el requisito constitucional de veracidad viene a suponer es que el informador tiene -si quiere situarse bajo la protección del art. 20.1 d)- *un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional*. Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente, no puede excluirse totalmente. Pero, como señaló la Sentencia 6/1988, de 21 de enero, ‘las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse ‘la verdad’, como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio’ (fundamento jurídico 5.º). ‘Información veraz’ en el sentido del art. 20.1 d), significa, pues, información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias” (Sentencia 105/1990, parr.5; el énfasis ha sido agregado).

En la misma decisión, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta una circunstancia que –como vimos- también fue señalada como decisiva por la Corte estadounidense a partir del caso “New York Times v. Sullivan” para otorgar una fuerte tutela al derecho a la libre expresión:

“Como segundo criterio de interés en el presente supuesto, este Tribunal ha destacado que la protección constitucional de los derechos del art. 20 opera con su máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información *versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático*. En consecuencia, y como también ha señalado este Tribunal, la protección constitucional de la libertad de información se reduce si esta *‘no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad’* (STC 165/1987) por lo que en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público” (sentencia 105/1990, cit., parr.4 “a”; el énfasis ha sido agregado).

Esta transcripción demuestra claramente que la relevancia de doctrina enunciada en el caso “New York Times v. Sullivan” (u otra similar) no depende de si el sistema jurídico en cuestión pertenezca al “common law” o al “derecho continental europeo” sino a la necesidad imperiosa, que existe en una sociedad democrática, de tutelar fuertemente las afirmaciones fácticas que involucren a funcionarios o personalidades públicas y que estén relacionadas con temas de interés público. Una protección menor, que se tradujera en la exigencia de que el informador pruebe en todos los casos la “verdad” de sus afirmaciones, tendría como consecuencia, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional Español, que *“la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”* (conf. Sentencia 105, cit.).

difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*” (el énfasis ha sido agregado). Nota del autor.

¹⁰ Según la doctrina española, el origen de esta línea jurisprudencial es, precisamente, la sentencia de la Corte Estadounidense en el caso New York v. Sullivan (conf. ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 124-125). Nota del autor.

III. LA DOCTRINA ENUNCIADA POR LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO KIMEL

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Interamericana ha adoptado una firme postura en defensa del derecho a la libre expresión. En tal sentido, en su reciente decisión en el caso *Kimel v. Argentina* (sentencia del 2.5.2008), el tribunal ratificó su conocida jurisprudencia sobre esta cuestión, citando sus fallos anteriores sobre el alcance del artículo 13 de la Convención Americana:

"52. La Corte ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención¹¹. En particular, ha analizado la suspensión de garantías en estados de excepción¹² y las limitaciones a la libertad de expresión¹³, propiedad privada¹⁴, libertad de locomoción¹⁵ y libertad personal¹⁶, entre otros.

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

ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹⁷.

"54. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa¹⁸.

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

¹¹ Cfr. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N°6.

¹² Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N°8, y *Caso Zambrano Vélez*, supra nota 11, párrs. 45 a 47.

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

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

¹⁵ Cfr. *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párrs. 113 a 135.

¹⁶ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, supra nota 17, párrs. 51 a 54.

¹⁷ Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 44, párr. 30; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párr. 64; *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 12, párr. 146; *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 12, párr. 108, y *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párr. 77.

¹⁸ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 12, párr. 120; *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párr. 95, y *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 12, párr. 79.

a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección¹⁹.

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

"57. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas²⁰.

"58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión"²¹.

En Kimel, la Corte Interamericana ratificó ciertos principios de su jurisprudencia, que muestran gran similitud con la examinada doctrina judicial estadounidense. Así, respecto del grado de protección que correspondía otorgar a las críticas dirigidas contra funcionarios públicos (como era el caso en Kimel), el tribunal sostuvo:

"86. Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático²². La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público²³. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público²⁴. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza²⁵, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió

¹⁹ Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 101.

²⁰ El Tribunal ha señalado que "es indispensable [...] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar". Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 34.

²¹ La aplicación al caso de los principios reseñados llevó a la Corte Interamericana, en los siguientes considerandos de su decisión, a resolver que la condena en el caso del peticionante con base en el delito de Calumnia, prevista en el art.109 del Código Penal Argentino, era incompatible con el art.13 de la Convención. (conf. especialmente párrs. 89/94 del fallo citado). Nota del autor.

²² Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 128, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 98.

²³ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

²⁴ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

²⁵ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

en el presente caso" (fallo cit.; ver también párrs.87/88 del mismo).

En esa oportunidad, la Corte Interamericana también formuló una distinción entre "hechos" y "opiniones", que también aparece en el mencionado caso "Gertz" y que constituye una pauta decisiva a los fines de determinar si la doctrina de la "real malicia" resulta o no aplicable en un caso determinado.

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

Kimel [...] se limita a abrir un interrogante [...]. En modo alguno, conforme doctrina y jurisprudencia imperantes en la materia, podría sostenerse válidamente que tales epítetos puedan constituir la atribución de una conducta criminal, en los términos requeridos por la figura típica y antijurídica [de calumnia]. El interrogante como tal, no puede implicar una imputación concreta, sino una mera valoración perfectamente subjetiva –y librada al subjetivismo también del lector–, por parte del autor, de una no menos subjetiva apreciación del valor probatorio de los elementos de juicio, incorporados al proceso, por parte del [querellante]. Tratase, en fin, de una crítica con opinión a la actuación de un Magistrado, frente a un proceso determinado. Pero la diferente apreciación de los hechos y circunstancias, en modo alguno, puede implicar la clara y rotunda imputación de un delito de acción pública²⁶.

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

La masacre de San Patricio ha[bía] sido considerado el hecho de sangre más importante que sufrió la Iglesia Católica a lo largo de varios siglos de existencia en la Argentina[.] El objetivo único y principal del libro evidentemente ha[bía] sido contar el asesinato de los religiosos palotinos, dar luz a aquello que había permanecido oscuro e invisible a la sociedad, la tremenda historia del asesinato de cinco religiosos en su casa masacrados de la manera más horrible²⁷.

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

"92. La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. En la audiencia pública del presente caso (*supra* párr. 9), el señor Kimel resaltó que el texto en el que se refiere al juez querellante era 'un párrafo que debía estar en el libro porque contenía, a pesar de su brevedad, un dato significativo: cual

²⁶ Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 28, folio 59.

²⁷ Cfr. declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

había sido la conducta de la justicia argentina durante aquellos trágicos años de la dictadura militar para investigar el asesinato de los sacerdotes'. El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista.

"93. *Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor*²⁸" (caso "Kimel", cit.; el énfasis ha sido agregado).

IV. LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO TRISTÁN DONOSO Y SU RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE LA "REAL MALICIA"

En el caso Kimel, la Corte Interamericana no tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de su aceptación o rechazo de la doctrina de la "real malicia" (u otra similar) ya que, como vimos, dicho caso involucra una cuestión de "juicios de valor" y no de "afirmaciones fácticas".

En cambio, en la posterior decisión pronunciada por el mismo tribunal en el mencionado caso Tristán Donoso c. Panamá, sí se planteó la cuestión de cuál era el grado de protección que correspondía otorgar a las afirmaciones fácticas cuya exactitud no habían sido acreditadas por el informador.

Esto fue lo que la Corte Interamericana resolvió acerca de ese punto:

"124. La Corte observa que la expresión realizada por el señor Tristán Donoso no constituía una opinión sino una afirmación de hechos. Mientras que las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, las expresiones sobre hechos sí lo son. En principio, una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público resulta una expresión protegida por la Convención Americana. Sin embargo, la situación es distinta cuando se está ante un supuesto de inexactitud fáctica de la afirmación que se alega es lesiva al honor. En el presente caso en la conferencia de prensa el señor Tristán Donoso afirmó dos hechos jurídicamente relevantes: a) el ex Procurador había puesto en conocimiento de terceros una conversación telefónica privada, hecho cierto, incluso admitido por dicho funcionario y, como ya ha sido señalado, violatorio de la vida privada (*supra* párr. 83); y b) la grabación no autorizada de la conversación telefónica, por la cual el señor Tristán Donoso inició una causa penal en la que posteriormente no quedó demostrado que el ex Procurador hubiera participado en el delito atribuido (*supra* párrs. 49 y 61).

125. En el presente caso la Corte advierte que en el momento en que el señor Tristán Donoso convocó la conferencia de prensa existían diversos e importantes elementos de información y de apreciación que permitían considerar que su afirmación no estaba desprovista de fundamento respecto de la responsabilidad del ex Procurador sobre la grabación de su conversación...

"126. Más aún, la Corte advierte que no sólo el señor Tristán Donoso tuvo fundamentos para creer en la veracidad sobre la afirmación que atribuía la grabación al entonces Procurador. En su declaración jurada ante fedatario público aportada a este Tribunal, el Obispo Carlos María Ariz señaló que cuando se percató del contenido del casete y de su transcripción "acud[ió] a la Oficina del Pro-

²⁸ Cfr. ECHR, *Case Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A n° 103, § 46.

curador General de la Nación, junto con [la víctima], para exigir las explicaciones del caso sobre esta intervención telefónica"²⁹. Se trata de una declaración de un testigo no objetada ni desvirtuada por el Estado. A la vez, la Corte también observa que las afirmaciones hechas por el señor Tristán Donoso contaron con el respaldo institucional de dos importantes entidades, el Colegio Nacional de Abogados y la Defensoría del Pueblo de Panamá, cuyos titulares acompañaron al señor Tristán Donoso en la conferencia de prensa en la que realizó las afirmaciones cuestionadas. Finalmente, un elemento adicional sobre lo fundado que creía sus afirmaciones es que presentó una denuncia penal por esos hechos (*supra* párr. 47). *Todos estos elementos llevan a la Corte a concluir que no era posible afirmar que su expresión estuviera desprovista de fundamento, y que consecuentemente hiciera del recurso penal una vía necesaria.*

130. Teniendo en cuenta lo anterior, *la Corte concluye que la sanción penal impuesta al señor Tristán Donoso fue manifiestamente innecesaria en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso, por lo que resulta violatoria al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Tristán Donoso*" (el énfasis ha sido agregado).

V. CONCLUSIONES

El examen de las decisiones de la Corte Interamericana en los casos Kimel y Tristán Donoso indica claramente que los criterios tenidos en cuenta por la Corte Interamericana para fundar aquél son similares a los empleados en la jurisprudencia reseñada de la Corte Suprema Estadounidense y del Tribunal Constitucional Español. Dichos criterios podrían ser sintetizados de la siguiente forma:

- Existe en el sistema interamericano de derechos humanos el profundo convencimiento de la importancia central de asegurar el más amplio ejercicio de la libre expresión en temas de interés público o que involucren a funcionarios públicos. Por tal razón, la validez de las restricciones a dicha libertad debe ser examinada bajo pautas sumamente exigentes, especialmente cuando en el caso se ha impuesto una sanción criminal al titular del citado derecho.

- Las informaciones verdaderas en ese ámbito no pueden dar lugar a la responsabilidad del informador³⁰.

- Cuando, en cambio, la veracidad de la información no ha sido acreditada por el informador es necesario emplear estándares diferentes respecto de ese supuesto del que aplicamos cuando nos encontramos ante un "juicio de valor" considerado ofensivo por un tercero: la doctrina de la "real malicia" (u otra equivalente) sería aplicable a los hechos; en cambio, respecto de las opiniones, corresponderá utilizar el estándar usado por la Corte Interamericana en el caso Kimel³¹.

- Ello significa que, en el supuesto de afirmaciones fácticas inexactas en temas de interés público, no corresponde imponer responsabilidad al informador en el supuesto que éste haya tenido "fundamentos" para creer en la verdad de aquélla. Además de las razones enunciadas por la Corte Interamericana en el caso Tristán Donoso para considerar configurados las mencionadas "razones

²⁹ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por el Obispo Carlos María Ariz, *supra* nota 16, folio 529.

³⁰ Ver, en tal sentido, la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Bartnicki v. Volper* (532 U.S.514 -2001). Nota del autor.

³¹ En el voto mayoritario de la Corte Suprema Argentina en el caso *Patitó y otros c. Diario La Nación*, sentencia del 24.6.2008 (publicada en la página web del citado tribunal), se sostuvo que esa distinción era irrelevante y que en consecuencia, tanto respecto de "hechos" como de "opiniones", era posible aplicar la doctrina de la "real malicia". El autor de este comentario ha criticado esa solución en el artículo *La libertad de expresión en Argentina y su comparación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana: parecidos y diferencias entre los casos "Patitó" y "Kimel"*, Anuario de Derechos Humanos, 5, (2009). Nota del autor.

fundadas", es posible sostener que también existen aquéllas cuando se han realizado "...oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional" en la búsqueda de la verdad (parr. 105, sent. cit.).

Por cierto que, en Tristán Donoso, la Corte Interamericana no realizó ninguna de las precisas distinciones efectuadas por la Corte Suprema Estadounidense a partir del caso *New York Times*: es decir, en primer lugar, no indicó cuál sería el estándar subjetivo específico que corresponde aplicar en casos de informaciones vinculadas con cuestiones de interés público. Así, de la decisión de la Corte Interamericana, no surge si para fundar la responsabilidad por informaciones inexactas es necesario probar que el informador obró con "dolo o culpa grave"³² o, si por el contrario, bastaría acreditar a tal fin la "simple culpa" de aquél. Tampoco aclaró la Corte Interamericana, una vez determinado el estándar subjetivo más exigente destinado a proteger a la libre expresión, si su aplicación dependerá exclusivamente del "interés público" del tema vinculado con la información o si, además, se exigirá que los afectados por la información sean "funcionarios públicos", tal como ocurría en los casos "Kimel" y "Tristán Donoso"? La respuesta a esta pregunta no es para nada obvia ya que, como vimos al reseñar el caso *Gertz*, la Corte Estadounidense no aplicó el mismo estándar de protección en uno y otro caso. Y si se considerara determinante la circunstancia de que el afectado fuera un funcionario público, quedaría para resolver la restante cuestión de si corresponde equiparar la situación de aquéllos a la de las "personalidades públicas" (conf. Corte Suprema Estadounidense en los casos *Associated Press v. Walker* y *Curtis Publishing Co. v. Butts*, citados previamente).

Esperemos que en los casos futuros que se le presenten, la Corte Interamericana tenga la oportunidad de proseguir este interesante camino que ha abierto con el caso *Tristán Donoso* y de contestar algunos de los interrogantes que se han planteado en este comentario.

[Recibido el 3 de septiembre y aprobado el 20 del octubre de 2009]

BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Enrique y GULLCO, Hernán, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, de La Plata, Librería Editora Platense, 1997.
- GULLCO, Hernán, "La libertad de expresión en Argentina y su comparación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana: parecidos y diferencias entre los casos 'Patitó' y 'Kimel' ", en *Anuario de Derechos Humanos*, 5, (2009).
- JACKSON, Vicky y TUSHNET, Mark, *Comparative Constitutional Law*, 2ª, Nueva York, Foundation Press, 2006.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

³² Ese sería el equivalente en la terminología jurídica latinoamericana del concepto "real malicia", que es una traducción literal de los términos utilizados en la jurisprudencia estadounidense. Nota del autor.

