
La responsabilidad del Estado Argentino por el hecho internacionalmente ilícito a la luz del Fallo Kimel.

Aspectos procesales relevantes

Silvia V. Guahnon

Jueza de Primera Instancia en lo Civil de la Capital Federal. Profesora titular de la Especialización en Derecho Procesal (USAL).

I. Introducción

Es notable la influencia que han ejercido en el derecho interno la aplicación de los Tratados y de los pronunciamientos de los órganos creados por el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en estos últimos años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha introducido en nuestro ordenamiento local a punto tal que se han modificado criterios y normas para adaptarlas a las directivas e informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Americana de Derechos Humanos.

Uno de esos pronunciamientos, el llamado *Caso Kimel*¹, es un referente por la trascendencia que ha tenido en nuestro orden interno, por lo que consideramos que merece ser analizado a la luz de determinados aspectos relevantes del mismo.

El 2.5.08 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en la causa "Kimel" en la cual encontró responsable al Estado Argentino por la violación de los arts. 9, 13.1 y 13.2 en relación con los

¹ Corte IDH, Caso *KIMEL vs. ARGENTINA*, 2.5.08.

arts. 1.1 y 2, y del art. 8.1 en relación con el art. 1.1, todos ellos, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos². En consecuencia, condenó al Estado a abonar una suma de dinero en concepto de reparación y, a su vez, lo instó a que adecuara su normativa interna a la letra de la Convención.

En el presente abordaremos, a la luz del fallo citado, el análisis de la responsabilidad del estado por el hecho internacionalmente ilícito, haciendo hincapié en algunos aspectos relevantes desde el derecho procesal, como la incorporación del instituto del *Amicus curiae*, el sistema empleado de valoración de la prueba producida, el valor del allanamiento y del desistimiento, para concluir en la incidencia del fallo en cuanto a la adecuación de la legislación de nuestro país a la letra y espíritu de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

2 Art. 1.1. Obligación de respetar los derechos: *"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

Art. 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: *"Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"*.

Art. 8. Garantías Judiciales: *"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

Art. 9. Principio de legalidad y retroactividad: *"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello"*.

Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: *"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..."*

II. Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Derecho aplicable. Naturaleza de la responsabilidad

Previo a adentrarnos en el análisis del fallo Kimel, es necesario desentrañar la normativa aplicable, así como la naturaleza jurídica de la responsabilidad de un estado ante la comisión de un hecho que se lo reputa como *internacionalmente ilícito*.

a) Normativa aplicable. Fuentes.

Así como la mayor parte del derecho internacional, el campo de la responsabilidad internacional de los estados tiene su fundamento, en gran medida, en normas de derecho consuetudinario. No obstante, en la actualidad, se encuentra en proceso un intento de codificación en materia de *responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito*, proyecto que fuera aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12/12/01³ y que, hasta el momento, ha recibido observaciones por parte de 6 estados⁴.

Este Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante el *Proyecto*) se realizó por pedido expreso de la Comisión de Derecho Internacional, a quien la Asamblea General creó para que fuera el motor principal del *desarrollo progresivo del derecho internacional*, conforme las directivas emanadas del artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas.

De esta manera, podemos observar la gran importancia que tiene la estructuración del sistema de responsabilidad de los estados por los hechos internacionalmente ilícitos causados por estos, teniendo en miras la protección de los derechos humanos y las consecuencias que traería aparejado el incumplimiento de ciertos preceptos para aquellos.

Por lo pronto, y no teniendo en la actualidad una normativa uniforme al respecto, en el ámbito interamericano habrá que valerse, obviamente de las normas que ya adquirieron el rango de "consuetudinarias", pero también de los diversos instrumentos de derecho in-

³ Resolución 56/83 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr. 1): Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

⁴ Esos estados son: República Checa, Alemania, Kuwait, Noruega (en nombre de los países nórdicos) y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

ternacional que regulen aspectos de la materia en estudio; de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como de las diversas resoluciones y/u opiniones consultivas de la Comisión IDH; de los principios que rigen el derecho internacional y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia; todo ello, junto con el nuevo proyecto de las Naciones Unidas, que brinda pautas específicas del tema en estudio.

b) Naturaleza jurídica de la responsabilidad del Estado.

Sabido es que el Siglo XX coronó una era en donde se logró crear una conciencia internacional, aunque nunca suficiente, sobre los Derechos Humanos (aunque en rigor su reclamo se remonte a antaño). Como corolario de ello, fue menester que los Estados vayan cediendo porciones de su soberanía en favor de terceros, v. gr., otros estados u organismos internacionales, que pudieran velar por aquellos derechos que no fueren reconocidos dentro de los mismos estados⁵.

Toda esa evolución se fue manifestando en el tiempo a través de la creación de diversos instrumentos de derechos humanos a los cuales los estados fueron y siguen adhiriendo, configurándose así una suerte de *desprendimiento voluntario de una porción de su soberanía*, y que no es más que la suscripción por parte de los estados a esos tratados⁶, ya sea bilaterales, regionales, multilaterales, y demás, en los que se compromete a cumplir con determinadas pautas y a las consecuencias que traería aparejado su incumplimiento, o en otras palabras, en los que se establecen diversos *derechos y obligaciones*.

Ahora bien, como se señalara precedentemente, la ratificación por parte del estado argentino de la Convención Americana sobre Derechos Humanos operativizó (en sentido lato) los derechos y obligaciones emanados de ésta, mas precisamente, y en un rasgo que comparten la mayoría, por no decir todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, efectivizó los derechos *en favor de los particulares y las obligaciones a cargo del Estado* frente a ellos, frente a otros estados y frente

5 Aclárese que sólo se hace referencia a los Derechos Humanos ya que de ello trata el trabajo en examen. No obstante, podría nombrarse al Derecho Internacional Humanitario, al Derecho Ambiental, al Derecho Comercial, Marítimo y demás, como ejemplos en los cuales el estado ha ido resignando parte de su soberanía.

6 Se deja constancia que por una cuestión de simple conveniencia, y por estar pacíficamente aceptado su uso, se utiliza el vocablo "tratado" para referir también a las convenciones, las declaraciones y demás instrumentos, sin perjuicio de conocer los rasgos distintivos de cada uno.

diversos organismos. Lo expuesto no quiere decir que no se consagren derechos y obligaciones que tienen los particulares entre sí o los estados entre sí, sino que mayoritariamente lo que se busca es poner límites al ejercicio del poder público por parte del estado sobre aquellos.

Un Estado viola la Convención cuando viola los artículos 1.1 y 2 "supra citados". Al ratificar o adherir a la Convención los Estados dan a los órganos de control, Comisión y Corte, la facultad de vigilar el estricto cumplimiento de las obligaciones que de ellos surgen... Dicho de otra manera, lo que los Estados aceptaron en la Convención y lo que esperan que los órganos de control decidan, es si han violado esos artículos, es decir, si se dan las condiciones para que un acto que lesiona un derecho reconocido en la Convención pueda ser imputado a un Estado y comprometer su responsabilidad internacional⁷.

De acuerdo con tales artículos, los Estados asumen, pues, tres deberes fundamentales, a saber:

- a) *respetar* los derechos y libertades contenidos en la Convención;
- b) *garantizar* su libre y pleno ejercicio a todas las personas sujetas a su jurisdicción y sin discriminación alguna; y
- c) *adoptar* las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Señala ASDRUBAL AGUIAR⁸ que la primera, es una típica *obligación de no hacer*, que se traduce en la existencia de limitaciones al ejercicio del poder público cuando éste pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por defecto o por exceso, sus atributos inviolables.

La segunda, vendría a ser una *obligación de hacer*, que se concreta en el deber de los Estados Parte de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, por ende, aquella también significa, por vía complementaria, el deber de los estados partes adoptar las disposiciones legislativas internas o de otro orden que, según lo indica el artículo 2 de la Convención, se requieran para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos por sus destinatarios, haciéndolos efectivos.

7 NIETO NAVIA, Rafael, *El estado democrático en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, en "Liber Amicorum en Homenaje al Dr. Hector Felix Samudio", publicado por la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, t. I, pag. 136.

8 AGUIAR A., Asdrubal, *La responsabilidad internacional del estado por violación de derechos humanos*, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

En este orden de ideas, y con relación al artículo 1.1, la Corte IDH en el *Caso Velásquez Rodríguez*⁹, señero en la materia, señaló que "el mismo es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los *deberes fundamentales de respeto y de garantía*, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención".

NIETO NAVIA¹⁰ sostiene que las *reglas de derecho internacional* a las que se refiere la Corte en el citado pasaje, tienen que ver con los principios que rigen la responsabilidad internacional de los Estados en general y en materia de derechos humanos en particular, que han ido evolucionando desde la *teoría de la falta*, en la que se atribuyen al Estado elementos psicológicos propios de los seres humanos, producto de la identidad del Estado con su gobernante; hasta la de la *falta de cumplimiento* en la que los hechos generadores de responsabilidad no solamente deben ser ilícitos sino imputables al Estado; pasando por aquella *teoría del riesgo* de acuerdo con la cual la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el acto del Estado sería suficiente para generar su responsabilidad.

Por lo pronto, concluye el referido autor, que los trabajos de codificación "supra" citados, adelantados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, no aceptan esta última teoría y exigen como presupuesto para atribuir al Estado la responsabilidad internacional, la *imputabilidad*.

En esta línea de razonamiento, es un principio ya arraigado en el derecho internacional que todo hecho *internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional* y los elementos constitutivos de ese hecho generador de responsabilidad, son dos: la *atribución y la ilicitud*.

9 Corte IDH., *Caso Velásquez Rodríguez*, 1988.

10 NIETO NAVIA, Rafael, ob.cit., pag. 137

Así lo ha entendido la Corte Internacional de Justicia en innumerables precedentes¹¹, y así fue receptado por el Proyecto en su artículo 2¹².

Haremos una breve descripción de dichos elementos:

a) atribución: la norma general es que el único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como agentes del Estado¹³.

Estas normas son acumulativas pero también limitativas. A falta de un compromiso o de una garantía específicos (que sería una *lex specialis*), el Estado no es responsable del comportamiento de personas o entidades en circunstancias distintas de las previstas en el presente capítulo. Como afirmó el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, "a fin de atribuir un hecho al Estado, es necesario identificar con certeza razonable a los protagonistas y su vinculación con el Estado", deduciéndose esto ya, de las disposiciones del artículo 2 del mentado Proyecto de artículos.

b) ilicitud: La segunda condición para que haya un hecho internacionalmente ilícito del Estado es que el comportamiento que se le atribuye, constituya una violación por ese Estado de una de sus obligaciones internacionales. La expresión violación de una obligación internacional del Estado está aceptada desde hace tiempo y abarca tanto las obligaciones convencionales como las que no emanan de tratados.

Como se puede apreciar, se excluyeron al *daño* y a otros elementos, para determinar la responsabilidad internacional de un estado, en gran medida por la intervención de Roberto Ago como relator del proyecto.

La exigencia de elementos de ese tipo depende del contenido de la obligación primaria, y no existe ninguna regla general al respecto. Que una obligación determinada no se cumpla por la mera inacción del Estado responsable, o que se exija que se produzca alguna otra circuns-

11 CIJ, *Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980; *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, 1986, entre muchos otros.

12 El art. 2 dispone: "Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado".

13 AGUIAR, Asdrúbal, *Comentario al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por el hecho internacionalmente ilícito*, p. 64

tancia, dependerá del contenido y la interpretación de la obligación primaria y no puede determinarse en abstracto¹⁴.

Por lo tanto, se desprende de lo expuesto que, en principio, al Derecho Internacional le interesa simplemente la existencia de la violación a una obligación contraída y no la configuración de un daño, ya que el elemento del perjuicio ya estaría comprendido en el incumplimiento de la obligación.

Es decir que, a diferencia de nuestro derecho interno al que se lo ha llegado a denominar *Derecho de Daños*, en el plano internacional no se requiere del mentado daño a fin de hacer nacer la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho ilícito.

III. Antecedentes del Fallo Kimel

El Señor Eduardo Gabriel Kimel, recientemente fallecido, era un conocido periodista, escritor e investigador histórico, quien habría publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos "La masacre de San Patricio", en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos. El libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas, un juez. Dicho juez, promovió querrela criminal en su contra por el delito de calumnia (aunque aclaró que de no compartirse dicha calificación, se podría encuadrar la acción en el delito de injurias), motivado por las diversas acusaciones que aquel presuntamente realizara en su libro¹⁵.

Esa querrela tuvo como resultado la condena en primera instancia por el delito de injurias. Apelada dicha resolución, la Sala VI de la Cá-

14 AGUIAR, Asdrúbal, Comentario..., ob. cit., p. 55

15 Mas específicamente se refiere a este fragmento, en el que el Sr. Kimel señaló que el juez federal que conocía la causa "realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el Juez [...] cumplió la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa a un punto muerto"

mara Nacional de Apelaciones habría de revocarla, en el entendimiento de que la conducta del Señor Kimel habría sido atípica tanto para el delito de calumnias como para el de injurias.

El querellante interpuso recurso extraordinario contra dicha resolución para ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual revocó el referido decisorio y remitió la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal para que dictara un nuevo pronunciamiento. Es así que la Sala IV del Tribunal precedentemente mencionado confirmó parcialmente la sentencia condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, modificando el encuadre típico, calificando la conducta del Señor Kimel dentro del delito de calumnia.

Contra este último pronunciamiento, el imputado interpuso recurso extraordinario, el que una vez rechazado, motivó la Queja directa ante el Máximo Tribunal, la que finalmente fuera declarada no admisible, quedando firme, en consecuencia, la condena impuesta al Sr. Kimel.

Firme dicho pronunciamiento, y con el auspicio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Kimel decidió ocurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), la que luego de realizar un examen exhaustivo de la cuestión, realizó una serie de recomendaciones al Estado argentino, las que fueron desoídas, razón por la cual se instó el procedimiento ante el órgano jurisdiccional, esto es, la Corte IDH, para resolver la controversia.

Finalmente, a pesar de haber allanamiento y reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado argentino y, a su vez, retiro parcial de alegaciones por parte de los reclamantes, dicho Tribunal, en los términos del art. 55 del Reglamento de la Corte IDH¹⁶, prosiguió en el examen de la causa y dictó sentencia haciendo lugar a lo peticionado por Kimel, del modo en que fuera expresado en el punto I.

16 En su versión actual, es el artículo 58 que mantiene la misma redacción y que dispone: "La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes".

IV. Derechos en cuestión en el Fallo Kimel. Surgimiento de la responsabilidad del Estado argentino. Medidas de reparación.

a) Derechos debatidos. Surgimiento de la responsabilidad del estado argentino

En el caso en examen nos encontramos, por un lado, ante el derecho del Señor Kimel a la libertad de pensamiento y de expresión, el cual 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 (art. 13 del Pacto), y por el otro, frente al derecho del magistrado (aunque, en efecto, sea de cualquier persona), al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (art. 11 del Pacto¹⁷).

Todo ello, con relación a las obligaciones generales previstas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto.

A continuación, analizaremos todas las imputaciones hechas por la Corte en su fallo:

- Violación del derecho a la libertad de expresión (art. 13 de la Convención).

La Corte al sentenciar, en primer lugar, encontró que existió violación del derecho a la libertad de expresión en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto, en perjuicio del Señor Kimel.

Para arribar a dicha conclusión, realiza un interesante análisis del caso sobre 4 elementos que delatan la violación perpetrada, los cuales serán "infra" analizados: ellos son el principio de legalidad penal, la idoneidad y finalidad de la restricción, la necesidad de la medida utilizada, y la proporcionalidad de la medida.

Previo a adentrarnos en el análisis de dichos elementos, cabe recalcar la importancia que tiene para la Convención que todos los derechos consagrados se plasmen bajo la tutela de un Estado democrático de derecho.

17 Art. 11: "Protección de la Honra y la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Sin ir mas lejos, el preámbulo del Pacto reza: *"Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre..."*. En este contexto, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de establecer la relevancia de la libertad de expresión en la sociedad democrática: es que aquélla es sustento y efecto de ésta, instrumento para su ejercicio y garantía de su desempeño, habiendo una relación evidente entre el despliegue de la expresión y el goce de la libertad. El orden público democrático reclama, pues, la defensa de la libertad de expresión¹⁸.

Los elementos a los que nos refiriéramos "supra" son pautas de análisis que utiliza la Corte para determinar que hubo una violación del artículo 13 del Pacto. Ellos son:

1. Legalidad penal: este principio, en nuestro ordenamiento jurídico, se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional y en la Convención se encuentra previsto por el artículo 9.

Básicamente, representa el pilar sobre el que se asienta el derecho penal, y del mismo se extraen una serie de aspectos, como ser que para la imposición de una pena debe haber un ley que la determine; ésta debe ser anterior al hecho; la misma debe ser ley en sentido formal, es decir, emanar de autoridad competente conforme el procedimiento establecido a tal efecto (aunque este principio admita algunas excepciones); a ella debe aplicársele, conforme enseña Zaffaroni, la máxima taxatividad legal e interpretativa posible; no pudiéndose realizar analogía "in malan parte".

En el sub-exámine, la Corte señala que "si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos del derecho penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad, debiéndose formularse... [los tipos penales]... en forma expresa, precisa, taxativa y previa, ...[ya que]... el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano". Continúa diciendo que "...la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas

18 GARCIA RAMIREZ, Sergio - GONZA, Alejandro, *La libertad de expresión en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2007, México (Obra publicada por la Corte y la Comisión IDH)

y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana".

Es por los fundamentos expuestos precedentemente que la Corte encontró que hubo violación al principio de legalidad previsto en el art. 9 de la Convención, y como consecuencia de ello, un incumplimiento del Estado de adecuar su derecho interno a la Convención (art. 2).

2. Idoneidad y finalidad de la restricción: sobre este punto la Corte remarcó que los jueces, al igual que cualquier persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 del Pacto, y que el instrumento penal es idóneo para la protección de tales fines. Sin embargo, lo expresado no implica que la vía penal sea necesaria y proporcional, como lo veremos a continuación.

3. Necesidad de la medida utilizada: la Corte ya había señalado en un precedente¹⁹, que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. Sostuvo en su momento que "la tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal".

Sin perjuicio de ello, la Corte deja en claro que no reniega del sistema penal como vía para tutelar determinados bienes jurídicos, aunque aclara que, en rigor, dicha vía debiera estar reservada para conductas que por su gravedad justifiquen la activación del referido sistema, no siendo el presente un caso que lo amerite.

4. Estricta proporcionalidad de la medida: La Corte tiene dicho que "para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho

19 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004.

que el artículo 13 que la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión...”

En el presente caso, entendió el Tribunal que “respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario”.

A su vez, remitiéndose al *Caso Herrera Ulloa*, señaló que “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. 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 público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

De esta ponderación, por la que luego realiza un pormenorizado análisis, surge a entendimiento del Tribunal, que la afectación a la libertad de expresión del Señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada *afectación del derecho a la honra* en el presente caso.

- Violación de las garantías judiciales (artículo 8 de la Convención).

Específicamente, se le imputaba al Estado el excesivo letargo en la tramitación del proceso penal contra el Señor Kimel, el que duró aproximadamente 9 años, mas precisamente, desde el 28 de octubre de 1991, fecha en la que se promovió la querrela, hasta el 14 de septiembre de 2000, cuando la Corte Suprema, desestimó “in limine” el recurso de hecho planteado por Kimel contra la denegación del recurso extraordi-

nario dispuesta por la Cámara de Apelaciones que le aplicó la condena definitiva.

La violación, entonces, se produce directamente sobre el derecho de "toda persona a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (cfr. art. 8.1 del Pacto).

Esta garantía se desprende, en nuestro ordenamiento, del art. 18 de la Constitución Nacional. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un reciente pronunciamiento, ha entendido que "debe reputarse incluido en la *garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional* el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— *un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible*, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal"²⁰.

La Corte Interamericana, por su parte, en el *Caso Suárez Rosero*²¹, entendió que "el principio de plazo razonable al que hacen referencia los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente".

En este caso se ve en forma evidente la violación a dicho precepto. Ahora bien, y como bien señalara BADENI²², no es menos cierto que la tramitación de la causa ante la Comisión y la Corte Interamericana se extendió desde el 6 de diciembre de 2000 hasta el 2 de mayo de 2008: algo menos de 8 años, lo que también constituye un plazo manifiestamente irrazonable. Por lo que, es cierto que el Estado argentino vulneró el art. 8.1 de la CADH, pero también lo hicieron los organismos internacionales que le formularon ese cargo. Concluye el referido autor manifestando que sería bueno que, en lo sucesivo, tanto la Comisión como

20 CSJN, 24/11/2009, *Bobadilla, Jorge Raúl y otros*, LL 21/12/2009, 11.

21 Corte IDH, *Caso Suárez Rosero*, 1997.

22 BADENI, Gregorio, *Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia*, LA LEY 02/09/2009, 1.

la Corte Interamericana se esmeraran en actuar con más celeridad para cumplir lo que exigen que cumpla el Estado.

b) Medidas de reparación.

La Convención en su artículo 63.1 dispone que *"cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"*.

Dicho artículo es, pues, la fuente normativa del deber de responder (reparar) del estado, el que, como ha señalado la Corte IDH, "refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación"²³.

Las medidas de reparación, en el ámbito interamericano, comprenden, pues, tanto aquellas que buscan garantizar que los hechos no se repitan (*garantías de no repetición*) como aquellas que buscan indemnizar económicamente los daños materiales y morales (*medidas de compensación*), siempre buscando la restitución integral del perjuicio (*restitutio in integrum*), es decir, el reestablecimiento de la situación anterior a la violación.

En muchos de los casos, la restitución se torna imposible, debido a que las víctimas han sido desaparecidas, ejecutadas o torturadas. La reparación integral se logra, entonces, con medidas que brinden a las víctimas una *satisfacción* mas allá de lo económico, como el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado, los pedidos de disculpas, los actos de desagravio, las becas de estudio; así como con medidas orientadas a *evitar la repetición* en el futuro de hechos de esa naturaleza (cambios legislativos, investigación y sanción de los respon-

²³ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaza*, 2006; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, 2006; *Caso López Álvarez*, 2006; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, 2006.

sables de los hechos, educación en derechos humanos de funcionarios estatales, implementación de un registro de detenidos, entre otras). La reparación integral incluye también el pago de una indemnización como *medida de compensación económica* del dolor sufrido, de los perjuicios patrimoniales generados y de los gastos realizados como consecuencia de las violaciones y la búsqueda de amparo de los derechos²⁴.

En el presente caso, la Corte IDH dispuso una indemnización de US\$ 10.000 en concepto de daño material, y de US\$ 20.000 en concepto de daño inmaterial.

Como medidas de satisfacción y garantías de no repetición ordenó: a) la anulación de los efectos de la sentencia penal; b) la divulgación de la Sentencia y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado; y c) la adecuación del derecho interno a la Convención, punto éste que será motivo de un mayor y detenido análisis en el Capítulo V del presente.

A su vez, determinó en *equidad* que el Estado entregue la cantidad de US\$ 10.000 al Señor Kimel, en concepto de costas y gastos.

V. Aspectos procesales del Fallo Kimel

En éste acápite trataremos algunos temas vinculados con el derecho procesal y que revisten gran importancia a la hora de analizar un fallo como el que se presenta. Es que, en definitiva, el derecho procesal va a instrumentar el *modo* de hacer efectivos esos derechos que la Convención consagra.

En otras palabras, de poco serviría la expedición de normas, en este caso sobre Derechos Humanos, que a la postre no pudieran ser utilizadas por los beneficiarios en atención a no existir la vía para ejercerlos; al respecto, sabiamente enseñaba DEVIS ECHANDÍA²⁵ que "tanto vale no tener un derecho, como no poder ejercerlo o defenderlo".

Tratando de ceñirnos a lo que consideramos los aspectos sobresa-

24 CEJIL. Gaceta - Publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*.

25 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Ed. Aguilar, p. 4.

lientes en esta materia del fallo, nos detendremos en el estudio de institutos como el *Amicus curiae*, el sistema de valoración de los elementos probatorios utilizado y temas relacionados con el orden público internacional.

a) *Amicus Curiae*

En este orden de ideas, advertimos que el fallo Kimel ante la Corte IDH, presenta un instituto novedoso (aunque su origen se remonte al Derecho Romano) como el del *Amicus Curiae*. En efecto, en tres oportunidades el Tribunal recibió escritos en calidad *Amicus Curiae*, por parte de la Clínica de Derechos Humanos del Master de Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, del Comité Mundial para la Libertad de Prensa y de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

La locución proveniente del latín, *Amicus Curiae*, significa *amigo de la corte o del tribunal*.

Básicamente se lo denomina de tal forma, ya que es un tercero ajeno al proceso (organización, entidad, persona física, etc.) que tiene interés en el desarrollo de una controversia y desea plasmar en la misma un punto de vista sobre la cuestión que se ventila. Su misión, pues, es la de brindar un informe, preferentemente técnico y desarrollado, acerca del caso en examen para esclarecer al Tribunal que vaya a resolver, acerca de las implicancias de determinados factores que puedan importar a la resolución del caso.

Por lo general, estas presentaciones en calidad de *Amicus curiae* se dan en casos en donde están en juego derechos fundamentales y de cierta relevancia.

Tal es la importancia que le ha dado la Corte IDH, que en el Fallo en examen permitió que sus informes puedan ser presentados próximos a entrar en deliberación el Tribunal, cuando ya se habían agotado todas las instancias previstas en el Reglamento, e incluso, en otros precedentes admitió que los *Amicus Curiae* se refiriesen a cuestiones relacionadas con el cumplimiento mismo de la sentencia²⁶.

En nuestro derecho interno, este instituto tuvo recepción, además de

²⁶ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, 2006.

en innumerables fallos²⁷ -aunque con criterios dispares-, en la Acordada Nº 24/2004 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en su parte pertinente, reza: "Que como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto".

Esta acordada fue fuertemente criticada por razones de incompetencia del Tribunal para el dictado de la misma, y cabe resaltar, cuenta con la disidencia de los Dres. Belluscio, Fayt y Vázquez, quienes la fundamentan precisamente, en la falta de atribuciones de la CSJN para reglamentar la mentada figura.

A todo evento, cabe resaltar lo señalado por dicho Tribunal en cuanto a que "la existencia de un interés en que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza -iniciados o por promoverse- en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado, determina la improcedencia de su intervención como Amigos del Tribunal, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de éstos"²⁸.

Por nuestra parte, creemos, al igual que la CSJN en el precedente citado, que la intervención del *Amicus Curiae* debe perseguir el fin de ayudar al Tribunal y no el de beneficiar o perseguir intereses de alguna

27 CSJN, *Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional*, LL 12/08/2009, 11 y Loá, *Carolina y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros*, LL 28/11/2007, 8 - DJ 2007-III, 978; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán, sala II, *Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán*, LLNOA 2007 (setiembre), 855; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, B., C., LL 2007-B, 170 - Sup. Penal 2007 (marzo), 36; Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, L., R. A. y R., D., LL Litoral 2007 (febrero); Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, *Odarda, María Magdalena (amicus Curiae) s/presentación*, LL Patagonia 2004 (diciembre), 711; entre muchos otros.

28 CSJN, Fallos 329:4590, 31/10/2006.

de las partes, debido a que, como lo dice el mismo término, es un *Amigo del Tribunal*, y no el *amigo de una parte*, por lo que cuando se detecte que la participación de la entidad en tal carácter tiene el fin de inclinar la decisión del Tribunal en un determinado sentido, debe desestimarse sin mas su intervención, ordenándose el desglose de las presentaciones efectuadas por la misma.

Asimismo, y mas que nada en el plano local, este instituto debe ser aplicado razonablemente, siempre respetando los principios de igualdad ante la ley, celeridad y economía procesal, siendo necesario, a nuestro entender, el dictado de una ley que fije los límites y alcances del instituto.

b) Sistema de valoración de la prueba

Otro aspecto interesante del fallo es el sistema utilizado por la Corte IDH para valorar la prueba producida en la causa.

Tres son los sistemas que, principalmente, la doctrina ha elaborado para valorar las pruebas producidas. Ellos son: el de la *prueba legal y tasada*, el de la *libre convicción* y el de la *sana crítica*, los cuales serán brevemente explicados.

El sistema de *prueba legal o tasada* consiste en imponer al juez una cerrada y preestablecida valoración de la prueba, de modo que la ley le ordena si debe darse por convencido o no ante ella o si tiene plena fuerza o es relativo el convencimiento nacido de un medio determinado²⁹, sistema al que adhiere nuestro orden procesal para determinados asuntos. A modo de ejemplo, la *prueba pericial en los procesos de insania e inhabilitación*, que necesariamente debe ser realizada por tres médicos psiquiatras o legistas, no pudiendo apartarse el juez de sus conclusiones si estas determinaran que no existe enfermedad mental (Conf. art. 626, inc. 3º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); lo mismo ocurre con la *confesión expresa* que hace plena prueba, salvo algunos supuestos de excepción enumerados en el artículo 423 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El sistema de la *libre convicción* remite al convencimiento de que el juez se forme de los hechos, por convicción adquirida por la prueba de

29 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones...*, ob. cit., p. 56.

autos, sin la prueba de autos o aún incluso contra la prueba de autos³⁰.

Por último, se encuentra el sistema de la *sana crítica*. Este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura, una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas³¹.

En el fallo Kimel, para valorar los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión, los Representantes y el Estado, así como los dictámenes rendidos por escrito y el testimonio ofrecido en audiencia pública, la Corte IDH utilizó las reglas de la *sana crítica*, en lo que entendemos es el sistema de valoración de prueba que mas se aproxima al respeto por la garantía del debido proceso y a los derechos humanos en general.

Ello, por cuanto supone el equilibrio necesario entre la posibilidad de que el Tribunal pudiera llegar a formarse una convicción aún *contra las pruebas producidas*, o por el contrario, pudiese formarse el convencimiento (o no, en realidad el convencimiento lo impondría la norma) a partir de pautas rígidas preestablecidas probablemente en un contexto diverso del que impera a la hora de juzgar, o a la hora de haberse cometido los hechos que se ventilan en la causa.

Por lo expuesto, es que consideramos que el balance entre esas dos posturas extremas lo brinda la regla de la *sana crítica*, sin perjuicio de aclarar que no son excluyentes estos tres sistemas, los cuales pueden (y deben) ser conciliados en la medida de que las necesidades así lo exijan.

c) Orden público internacional: allanamiento y desistimiento.

También es dable resaltar, desde la órbita del derecho procesal, cómo

30 COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, t. II, p. 222.

31 COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, p. 270/1

juega la institución del *allanamiento* y el *desistimiento* como modo de poner fin al litigio en los casos llevados a la Corte IDH.

Ninguna duda cabe de que en los procesos de neto corte dispositivo la voluntad de las partes cumple un rol fundamental en cuanto a la admisión de la pretensión, el sometimiento al cumplimiento de ella –aunque no se reconozcan hechos ni derechos–, y a dar por concluido el proceso, es decir, a *disponer* de éste, sistema que rige en nuestro país para la mayoría de los procesos civiles³².

Pero la Corte IDH dejó bien en claro que en los procesos ante dicho Tribunal se trasciende de la voluntad de las partes, pues se refieren a la tutela de los derechos humanos, y ésta (la Corte), debe velar porque tales “actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano”. Esto es lo que se denomina *orden público internacional*, lo que significa que estos actos de desistimiento y allanamiento *no son vinculantes* para el Tribunal, el que no se limita a verificar las condiciones formales, sino que debe desentrañar en el caso concreto, la gravedad de las violaciones alegadas.

Así lo regulan los artículos 56, 57 y 58³³ del Reglamento de la Corte IDH en su actual versión, en cuanto a las figuras del Sobreseimiento del Caso, de la Solución Amistosa, de la Prosecución del Examen del Caso, y así también se desprende del artículo 47 del Reglamento, que dispone que “en cualquier estado de la causa la Corte podrá: procurar de oficio toda prueba que considere útil...”.

Particularmente, en el caso Kimel, se expuso, de acuerdo a los lineamientos expuestos, que si bien la Corte acepta el reconocimiento del

32 GUAHNON, Silvia, *Medidas cautelares en el derecho de familia*, Ed. La Rocca, 2007, p. 50/2: Allí, nos referimos a que los procesos civiles por lo general son de corte dispositivo, mas no todos, ya que, v. gr., en los procesos de familia –íntimamente ligados a la protección de derechos inherentes a las personas y muchas de ellas en estado de vulnerabilidad como los niños–, se produce un desdibujamiento del principio dispositivo.

33 Art. 56 (antes art. 53): Sobreseimiento del caso: “1. Cuando la parte demandante notificare a la Corte su desistimiento, ésta resolverá, oída la opinión de las otras partes en el caso, si hay lugar al desistimiento y, en consecuencia, si procede sobreseer y declarar terminado el asunto. 2. Si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante y a las de las presuntas víctimas, o sus representantes, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes”; Art. 57 (antes art. 54): Solución Amistosa: “Cuando las partes en un caso ante la Corte comunicaren a ésta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá declarar terminado el asunto”.

Estado Argentino de responsabilidad estatal, considerándolo como una actitud que constituye una contribución positiva al desarrollo del proceso, y acepta el retiro parcial de las alegaciones efectuadas por los Representantes –de la cual el Sr. Kimel manifestó expresamente su conformidad–, lo que pone fin a la controversia respecto de los hechos y consecuencias jurídicas en lo que respecta a los artículos 13, 8.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 del Pacto, *estima igualmente necesario dictar una sentencia a los fines de que no se repitan hechos similares y contribuir así a la reparación integral del afectado.*

Es así que vemos cómo se encuentra limitado el principio de autonomía de la voluntad de las partes, desdibujando el principio dispositivo enunciado y reemplazándolo por un sistema que está por encima de éstas, justamente porque se refiere a procesos donde se ventilan cuestiones que exceden el ámbito limitado de disposición de las partes, ya que se refieren a la tutela de los derechos humanos.

VI. Adecuación del Derecho Interno a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Consideraciones finales.

Ya hemos explicitado en el Capítulo IV.b) las medidas de reparación que dispuso la Corte, tendientes a satisfacer el reclamo efectuado por el Señor Kimel respecto de los perjuicios sufridos.

Nos detendremos, por su trascendencia en el orden interno, en una de las medidas de satisfacción y garantía de no repetición: la *adecuación del derecho interno a la Convención.*

Ella se desprende del artículo 2 de la Convención, e “implica la adopción de medidas de dos vertientes: por una parte, *la supresión de las normas* de cualquier naturaleza que *entrañen violación a las garantías* previstas en la Convención, y por la otra, *la expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”³⁴.

Básicamente, resulta un modo de *afectar* el derecho interno, pero no solo en lo que respecta al caso en particular que se resuelve, sino también a la legislación nacional, es decir que termina afectando a todas

34 Corte IDH, *Caso Ximenes López*, 2006.

las personas bajo la tutela de las leyes del Estado, en una suerte de efecto *erga omnes*, aunque no sea estrictamente así.

Al respecto, la Corte sostuvo que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*"principe allant de soi"*). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados"³⁵.

Por lo pronto, en el fallo Kimel, la Corte IDH dispuso, tal como lo solicitara la Comisión IDH, que "es indispensable que el Tribunal ordene al Estado argentino que adopte, en forma prioritaria, las reformas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para evitar que hechos similares se repitan". Por lo que, estimó pertinente "ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

En efecto, y a raíz de lo "supra" expuesto, el Estado argentino, para adecuar la normativa interna a los términos de la Convención dictó de la ley N° 26.551 (B.O. 27/11/09), modificatoria del Código Penal de la Nación.

Esta ley modificó los artículos 109, 110, 111, 113 y 117 y derogó el artículo 112 del Código antedicho, los cuales antes disponían: art. 109: *La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años*; art. 110: *el que deshonrar o desacreditar a otro, será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos o prisión de un mes a un año*; art. 111: *El acusado de injurias solo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes: 1° Si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual, 2° Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal, 3° si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de*

35 Corte IDH, Caso Baena, Ricardo, 2001; Caso Durand Ugarte, 2000.

pena; art. 112: *El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del minimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta*; art. 113: *El que publicare o reproducere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate*; art. 117: *El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo*.

La redacción actual quedó de la siguiente manera: art. 109: *La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*; art. 110: *El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público*; art. 111: *El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena*; art. 113: *El que publicare o reproducere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*; art. 117: *El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo. La retractación no*

importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

Así fue como el Estado argentino dio cumplimiento con el fallo de la Corte IDH, en lo que hace a la adecuación del ordenamiento jurídico interno a la Convención.

Para concluir, queremos advertir que todavía queda un largo trecho por recorrer en materia de protección de los derechos humanos, y mas precisamente, en la esfera de los medios y las vías para tutelarlos. Hasta el momento, el desarrollo progresivo del derecho internacional, como modo de proteger los mismos, está dando sus frutos, prestándose a una constante evolución que, esperemos, no cese.

No debe olvidarse que, para lograr ese objetivo, se requiere de la voluntad de los estados, los cuales, como dijéramos "supra", deben resignar soberanía a fin de que agentes externos al mismo se encarguen de juzgar, intervenir u opinar, sobre asuntos que, en otras circunstancias, habrían concluido en el seno de su competencia.

Por lo que es de gran importancia ver cómo directivas emitidas por estos cuerpos supranacionales se han derramado como derecho positivo en el ámbito doméstico³⁶, reforzando así cada vez más esa conciencia por los derechos humanos a la que nos referimos en el presente trabajo, que tanta falta hace en el mundo en el que vivimos hoy en día.

³⁶ HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, LA LEY 2007-C, 875.