

CASO MÉMOLI VS. ARGENTINA

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Jaime Elgueta**

Introducción

Con fecha 22 de agosto de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte”) dictó sentencia en el caso “Mémoli vs. Argentina” (“sentencia”), en el que se debatieron temas altamente controvertidos en materia constitucional, tales como el estatuto de la libertad de expresión y de opinión; la aplicación de los principios de legalidad y retroactividad (en materia penal); algunas exigencias del derecho al debido proceso (“plazo razonable”); y el derecho de propiedad; entre otros.

En su sentencia, la Corte declaró que la República de Argentina no es responsable por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“Convención”), y de legalidad y retroactividad (artículo 9), en perjuicio de Carlos y Pablo Mémoli (“Mémoli” o “víctimas”), por la condena penal impuesta en su contra por las denuncias públicas en relación a la venta supuestamente irregular de nichos del cementerio local de la ciudad de San Andrés de Giles.

No obstante, la Corte concluyó que Argentina es responsable por la violación del derecho a la garantía judicial de “plazo razonable” (artículo 8.1), y de propiedad privada (artículo 21), en perjuicio de los señores Mémoli, en el marco del proceso civil que se sigue en su contra por más de quince años, y en el que se dictó la medida cautelar de “inhibición general para enajenar y gravar bienes” con el fin de garantizar el eventual pago que resultara del proceso civil.

El fallo en cuestión fue resuelto en votación cuatro contra tres en lo que concierne a los dos focos de discusión más controvertidos del caso (libertad de expresión y la aplicación de los principios de legalidad y

* Profesor ayudante de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jnelguet@uc.cl

retroactividad)¹, y por unanimidad en lo que concierne al derecho a un “plazo razonable” (debido proceso) y derecho de propiedad.

Las críticas al fallo no se hicieron esperar. En efecto, se lo ha calificado como un “gravísimo retroceso”² en la jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de expresión, y que con él se afecta a “cientos de periodistas regionales que se encuentran en la mayor indefensión”³. Incluso, se han insinuado motivaciones políticas para explicar el contenido de la sentencia⁴.

El presente comentario de jurisprudencia comenzará describiendo los hechos del caso y el contenido de la sentencia, para luego analizarlos críticamente.

*Los hechos*⁵

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Mémoli era miembro, en 1990, de la Comisión Directiva de la Asociación Italiana de Socorros Mutuos, Cultural y Creativa “Porvenir de Italia” (“la Asociación”) ubicada en la ciudad de San Andrés de Giles, provincia de Buenos Aires. Pablo Carlos Mémoli, hijo del primero, es periodista y abogado, director del periódico *La Libertad*, fundado en 1945 en la misma ciudad.

En 1984 la Municipalidad de San Andrés de Giles otorgó a la Asociación una fracción de terreno del Cementerio Municipal en arrendamiento para la construcción de nichos. La Asociación ofreció estos nichos a sus asociados bajo la forma de contratos de compraventa.

Posteriormente, en 1990, Carlos Mémoli denunció penalmente a tres de los miembros de la Comisión Directiva de la Asociación ante los tribunales penales, indicando que el

¹ Componen el voto de mayoría los jueces: Diego García-Sayán, Alberto Pérez Pérez, Roberto F. Caldas y Humberto Antonio Sierra Porto. El voto de minoría lo componen: Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

² Carta publicada en el diario *El Mercurio*, de fecha 12 de noviembre de 2013.

³ Así lo sostuvo, durante la audiencia pública de fecha 8 de febrero de 2013, Catalina Botero, relatora especial para la libertad de expresión de la OEA.

⁴ Puede consultarse la entrevista realizada al entonces presidente de la Corte, Sr. Diego García-Sayán, por el periódico *El País* (existe versión en línea de ella).

⁵ Mayor detalle de los hechos puede consultarse en el capítulo VII de la sentencia Mémoli vs. Argentina, párrs. 63-112.

“ofrecimiento de los nichos constituía “el delito de estafa”, porque los terrenos donde se asienta el panteón de [la Sociedad Italiana] se encuentra[n] ubicado[s] en terrenos pertenecientes al dominio público”⁶⁻⁷.

No obstante la denuncia, el tribunal decidió sobreseer provisionalmente la causa por falta de méritos suficientes. Según el juez de la causa, a partir del conjunto de antecedentes se debía presumir que los imputados

“incurrieron en error jurídico excusable al instrumentar la tradición de nichos [...a través de contratos de compraventa] a causa de un asesoramiento equivocado”

y que por tanto “actuaron de buena fe, o sea, sin que mediara ardid o engaño o cualquier otra maquinación fraudulenta”. No obstante ello, el juez reconoció que “a principios se acordó sobre un contrato de objeto imposible, naturalmente inválido”⁸. La apelación interpuesta contra esta decisión fue rechazada ese mismo año.

En paralelo a ello, los señores Mémoli interpusieron una denuncia ante el Instituto Nacional de Acción Mutua para que se investigara a la Asociación y a sus directivos por supuestas irregularidades contables en el manejo de los fondos. Dicha solicitud también fue rechazada⁹.

Conviene destacar que durante y después de los hechos narrados los Mémoli participaron de emisiones radiales y realizaron varias publicaciones en *La Libertad* en las que denunciaron estos hechos, las que calificaron como “irregularidades o incumplimientos de la normativa vigente por parte de dicha directiva”¹⁰.

II. EL PROCESO PENAL CONTRA LOS MÉMOLI

En abril de 1992 los tres directivos denunciados por Carlos Mémoli interpusieron una querrela por injurias y calumnias en contra de los Mémoli, a quienes acusaron de haber iniciado una “campaña de desprestigio” en su contra. Dicha campaña se habría plasmado en más de veinte documentos (artículos de periódico, cartas, etc.) y en intervenciones radiales donde

⁶ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 69.

⁷ Conviene mencionar que para ese entonces Carlos Mémoli se encontraba suspendido de su calidad de miembro de la Asociación tras un altercado entre él y su señora y otros miembros de ella.

⁸ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 70.

⁹ Para esas alturas Carlos Mémoli y su señora ya habían renunciado a su calidad de socios de la Asociación.

¹⁰ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 73.

los Mémoli se refirieron a la dirección de la Asociación y al caso de los nichos.

En primera instancia el juzgado decidió condenar a los Mémoli por el delito de injuria, argumentando que se estaba “desacreditando por medio de conjeturas a los querellantes” y que existió

“*animus injuriandi* [porque] hubo intención y comprensión de decir lo que se dijo y en la forma en que quedó expresado, lo cual sirve para, por lo menos, intentar el descrédito de los nombrados ante la sociedad. Fundamentalmente porque se puede opinar sin llegar a estos extremos”,

entre otras varias consideraciones¹¹.

En vista de lo anterior el tribunal condenó a Carlos Mémoli y a Pablo Carlos Mémoli a la pena de uno y cinco meses de prisión en suspenso respectivamente. El tribunal de apelación confirmó esta sentencia en todos sus términos (diciembre de 1995).

Menester es señalar que tanto el tribunal de primera como el de segunda instancia rechazaron los argumentos presentados por los imputados en orden a que sus expresiones estarían protegidas por la “libertad de prensa” (en el caso de Pablo Carlos Mémoli) y que versarían sobre materias de “interés público”.

Además, todos los recursos interpuestos por los Mémoli con posterioridad fueron desechados¹².

III. EL PROCESO CIVIL CONTRA LOS MÉMOLI Y LA MEDIDA CAUTELAR

En diciembre de 1997 los querellantes en el proceso penal interpusieron acción de indemnización por daños y perjuicios en contra de los Mémoli en base a las condenas penales antes aludidas.

Si bien durante dicho proceso se arribó a un acuerdo extrajudicial con dos de los tres querellantes, lo verdaderamente característico del proceso ha sido su inusual extensión (al menos quince años de tramitación en primera instancia). En efecto, y a modo ejemplar, podemos señalar que el proceso estuvo detenido por casi cuatro años, en los que se discutió la forma en que la demanda fue presentada, y que sólo en 2003 se pudo recibir la causa a prueba. Es más, hasta la fecha de la dictación de la sentencia por la Corte no se había concluido el término probatorio en el proceso civil¹³.

¹¹ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 77 y siguientes de la sentencia. También se puede consultar la sentencia del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 7 del Departamento Judicial de Mercedes de 29 de diciembre de 1994, causa N° 71.114.

¹² *Op. cit.*, párrs. 89 y 90.

¹³ *Op. cit.*, párr. 108.

En otro orden de ideas conviene destacar que, desde 1996, pende sobre los Mémoli una “inhibición general para vender o gravar bienes” de su patrimonio. Dicha prohibición fue dictada durante el proceso penal en contra de los Mémoli, y si bien fue suspendida durante un breve periodo de tiempo, fue decretada nuevamente en 2001 y se mantuvo vigente hasta la fecha de la sentencia.

IV. REFORMA A LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA

El 18 de noviembre de 2009 se sancionó en Argentina la ley 26.551, mediante la cual se reformaron los artículos del Código Penal relativos a los delitos de injurias y calumnias. Dicha reforma tuvo como antecedente la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Kimel vs. Argentina* de fecha 2 de mayo de 2008, en la cual la Corte ordenó al estado trasandino corregir la falta de precisión con la cual se tipificaban los delitos de injuria y calumnias¹⁴. Además, dicha ley eliminó la pena privativa de libertad por la perpetración de estos delitos, y excluyó de toda sanción penal las expresiones relacionadas a asuntos de interés público o que no sean asertivas¹⁵.

En vista de lo anterior, los Mémoli interpusieron sendos recursos ante la justicia argentina para que se los absolviera de sus condenas, y para que se remitiera dicha absolución al juez que estaba conociendo del juicio

¹⁴ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (2008) párr. 63.: “La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”. Para más adelante señalar: “En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma” (*op. cit.*, párr. 67).

¹⁵ El artículo 1° de la ley en comento señala: Sustitúyase el artículo 109 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 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. Por su parte, el artículo 2° dispone: Sustitúyese el artículo 110 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 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.

civil. No obstante ello, dichos recursos fueron desestimados en razón de que las penas ya se habrían cumplido, encontrándose “agotadas”, y porque tampoco se habría probado la causal de “interés público”.

La sentencia

I. PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN Y EXCEPCIONES PRELIMINARES

La sentencia tiene como antecedente la petición que presentaron los Mé-moli a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“Comisión”) en febrero de 1998. Ella fue declarada admisible en junio de 2008, emitiendo la Comisión su *Informe de Fondo* en julio de 2011. En dicha oportunidad, la Comisión estimó que Argentina había violado los derechos contenidos en los artículos 8.1 (“plazo razonable”)¹⁶ y 13 (libertad de expresión y pensamiento)¹⁷ de la Convención en perjuicio de las víctimas¹⁸.

Posteriormente, y tras haber recibido el informe respectivo del Estado argentino, la Comisión decidió remitir el asunto a la Corte.

Lo primero que tuvo que hacer la Corte fue analizar las excepciones preliminares interpuestas por Argentina¹⁹. Dichas excepciones fueron:

¹⁶ Dispone la norma citada: Artículo 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.

¹⁷ Artículo 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, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁸ La Comisión recomendó al Estado de Argentina: (i) dejar sin efecto las condenas penales impuestas contra las víctimas y todas las consecuencias que de ellas se deriven; (ii) levantar inmediatamente la inhibición general de bienes contra las víctimas; (iii) adoptar todas las medidas necesarias para resolver el caso civil contra las víctimas de forma expedita e imparcial, salvaguardando los derechos consagrados en la Convención Americana; (iv) indemnizar a las víctimas por los daños pecuniarios y no pecuniarios causados; y (v) adoptar las medidas necesarias para impedir la repetición de situaciones similares respecto a la duración desproporcionada de los procesos civiles y medidas cautelares en las condiciones anotadas.

¹⁹ La Corte también desechó algunos “comentarios preliminares” esbozados por Argentina. Véanse párrafos 12 y siguientes.

- i) la violación del debido proceso en el procedimiento ante la Comisión, ya que hubo un

“abuso inexcusable de la Comisión en relación al plazo de casi cuatro años que pasaron entre la presentación de la petición y la notificación al Estado”²⁰ y

- ii) la falta de agotamiento de recursos internos, ya que se encontraba pendiente de decisión un recurso interpuesto por los Mémoli en Argentina con ocasión de la sanción de la ley 26.551.

La primera de las excepciones fue desechada por la Corte en atención a que ni la Convención ni el Reglamento de la Comisión contemplan un plazo explícito en esta materia. Además, la Corte señaló que si se aceptara la argumentación del Estado se

“estaría poniendo en juego el derecho de petición de las presuntas víctimas, establecido en el artículo 44 de la Convención, por acciones u omisiones de la Comisión Interamericana sobre las cuales las presuntas víctimas no tienen ningún tipo de control”²¹.

Por último, la Corte señaló que Argentina no habría probado de qué modo esta demora habría afectado su derecho de defensa²².

Respecto de la “falta de agotamiento de recursos internos”, la Corte desechó la postura del Estado en atención a que la interposición del recurso por los Mémoli constituía un hecho posterior a la petición inicial ante la Comisión, y porque la excepción no habría sido alegada oportunamente²³.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No obstante que el análisis de la libertad de expresión en éste y en otros casos ante la Corte será efectuado con mayor detenimiento en el punto IV de este comentario, conviene por el momento decir algunas breves palabras sobre lo que sentenció la Corte en fallo que estudiamos, a fin de tener un panorama completo sobre la sentencia y su estructura.

En lo que respecta a la libertad de pensamiento y expresión, la Comisión y las víctimas señalaron que Argentina habría violado este derecho en, al menos, dos sentidos. En primer lugar, porque tras el caso Kimel queda en evidencia que el delito de injurias existente al momento de sancionar a los Mémoli era incompatible con la Convención. En efecto, debemos

²⁰ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 20.

²¹ *Op. cit.*, párr. 32.

²² *Op. cit.*, párrs. 38-42.

²³ *Op. cit.*, párrs. 43-51.

recordar que los Mémoli fueron sancionados con penas privativas de libertad por sus expresiones, cuestión que la Corte declaró incompatible con la Convención en el caso Kimel. Según la Comisión y las víctimas, aquí no se cumpliría con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención. Conforme dicha disposición la libertad de expresión puede ser limitada, entre otros supuestos, cuando las sanciones están “expresamente fijadas por la ley”, requisito que no se cumpliría en el caso en cuestión.

En segundo lugar, la Comisión y las víctimas señalaron que la pena impuesta violaba la libertad de expresión, por cuanto los hechos denunciados sí trataban sobre asuntos de “interés público”, razón por la cual las expresiones vertidas no eran condenables. Según su opinión, el hecho de que fueran particulares quienes administraban los nichos del cementerio “de ninguna manera disminuye el genuino interés de la sociedad en saber si tales bienes están siendo administrados adecuadamente”²⁴. Además, el carácter “público” de los hechos se evidenciaría en el hecho de que las expresiones versaban sobre la eventual comisión de delitos.

Tras resaltar el valor que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, y al fijar la controversia como un conflicto entre el derecho a la honra y la libertad de opinión, la Corte señala:

“lo que corresponde a este Tribunal es examinar si al establecerse responsabilidades ulteriores a los señores Mémoli por el ejercicio de su libertad de expresión, el Estado respetó y garantizó los requisitos convencionales al respecto”²⁵.

Para ello, la Corte señala:

“el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)”²⁶.

Luego se aboca a analizar cada uno de estos requisitos.

Respecto de los dos primeros requisitos, que la Corte analiza conjuntamente, ella señala que los Mémoli fueron condenados por un delito

²⁴ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 114.

²⁵ *Op. cit.*, párr. 129.

²⁶ *Op. cit.*, párr. 130.

que sí estaba tipificado en la legislación argentina, y que en oposición a lo señalado por la Comisión “en el caso Kimel este Tribunal no consideró incompatible con la Convención Americana los delitos de injuria y calumnia en sentido general”²⁷, sino que sencillamente impugnó la falta de precisión con que dichos delitos se encontraban tipificados en dicho país, imprecisión que no afectaría a los Mémoli en el caso concreto. En relación con el “fin legítimo” exigido por el artículo 13.2, la Corte se limita a señalar que las penas impuestas “obedecían a un objetivo permitido en la Convención (la protección de la reputación de los demás)”²⁸.

Respecto del requisito de *necesidad*, la Corte señala que su labor es

“verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto [libertad de expresión y derecho a la honra], sin necesariamente realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requieran”²⁹.

Para ello, la Corte se remite al examen que habrían efectuado los tribunales locales en el caso en cuestión, afirmando que ellos se encontraban en mejor posición que ella para efectuar el análisis, concluyendo que aquellos habrían cumplido exitosamente su labor de ponderar los derechos en juego³⁰⁻³¹.

²⁷ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 133.

²⁸ *Op. cit.*, párr. 139.

²⁹ *Op. cit.*, párr. 140.

³⁰ “Al respecto, la Corte toma nota que las autoridades judiciales argentinas actuantes en el presente caso realizaron un examen de las expresiones de los señores Mémoli y su incidencia en el honor y la reputación de terceras personas. A juicio de este Tribunal, dicho examen constituyó una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, que justificaba el establecimiento de responsabilidades ulteriores en su perjuicio. Dada la naturaleza del procedimiento ante la Corte, los particulares cuyo honor y reputación habrían sido afectados no han tenido participación en el mismo. Por tanto, este Tribunal considera que en el presente caso las autoridades judiciales internas estaban en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro. Este Tribunal resalta que las expresiones calificadas como injuriosas fueron publicadas en un medio que llegaba a muchas más personas que a los miembros de la Asociación Mutual, por lo cual el honor y la reputación de los querellantes se vio posiblemente afectado ante una audiencia mucho mayor a aquella que podía verse beneficiada por dicha información. Además, teniendo en cuenta que las autoridades judiciales internas concluyeron que ciertos calificativos empleados por los señores Mémoli lesionaron innecesariamente la reputación de los querellantes, la Corte observa que el establecimiento de responsabilidades ulteriores en el presente caso constituye el cumplimiento por parte del Estado de la obligación establecida en el artículo 11.3 de la Convención (...)”. (*Op. cit.*, párr. 143).

³¹ “En el presente caso, Carlos y Pablo Mémoli fueron condenados a un mes y cinco meses de prisión en suspenso, respectivamente. Es decir, el señor Carlos Mémoli fue condenado a la pena mínima de prisión que establecía la norma interna, mientras que el señor Pablo Mémoli

Finalmente, la Corte rechaza que las expresiones vertidas por los Mémoli constituyan supuestos de “interés público”, argumentando que los hechos en cuestión concernían a conflictos entre privados que sólo afectarían potencialmente a los miembros de la Asociación³². Además, la Corte vuelve a aplicar un criterio de deferencia a la hora de juzgar la labor de los tribunales argentinos³³.

Por todas estas consideraciones la Corte descarta que el Estado de Argentina haya violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en perjuicio de las víctimas.

III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RETROACTIVIDAD

Las víctimas alegaron que tras la modificación legislativa del año 2009 (caso Kimel), el Estado argentino habría violado el artículo 9 de la Convención al no aplicar la ley más benigna en su favor³⁴. Además, señalaron que Argentina habría obviado que la sentencia absolutoria que pedían era relevante por cuanto aún estaba pendiente el juicio de indemnización de perjuicios, el cual dependía “exclusivamente” de la sentencia penal dictada en su contra.

La Corte decidió rechazar los argumentos de las víctimas apoyándose en su razonamiento sobre la libertad de expresión. En efecto, como hemos tenido oportunidad de señalar, la Corte determinó que en el caso en cuestión no estaba involucrado el “interés público”, razón por lo cual la modificación de 2009 en nada alteraba la situación de las víctimas. Es por ello que la Corte declara:

fue condenado a menos de la mitad de la pena de prisión permitida (supra párrs. 131 y 132). En el presente caso, esta Corte observa que las sanciones impuestas a los señores Mémoli no fueron desmedidas ni manifiestamente desproporcionadas de manera que se afectara su derecho a la libertad de expresión”. (Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 144).

³² “(...) este Tribunal nota que las denuncias y expresiones por las cuales fueron condenados los señores Mémoli se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, solo afectarían a los miembros de una Asociación Mutual de carácter privado, sin que conste que el contenido de dicha información tuviera una relevancia o impacto tal como para trascender a la sola Asociación y ser de notorio interés para el resto de la población de San Andrés de Giles”. (Mémoli vs. Argentina, párr. 146).

³³ “(...) Si bien es posible que determinada información sobre personas particulares u organizaciones privadas sea calificada como información de interés público, en el presente caso dos instancias judiciales internas analizaron y rechazaron este alegato, no considerándolo una razón suficiente para justificar las expresiones deshonrosas o desacreditantes contra la reputación de los querellantes”. (*Op. cit.*, párr. 147).

³⁴ Recordemos que dicha ley eliminó las penas privativas de libertad para los delitos de injurias y calumnias. Los tribunales locales rechazaron aplicar el principio de retroactividad en favor de las víctimas por considerar que las penas se encontraban “agotadas”.

“la despenalización de las expresiones relativas a asuntos de interés público no aplicaría a la condena impuesta en contra de los señores Mémoli, en tanto las expresiones de estos no “guarda[rían] relación con un asunto de interés público”, como contempla el nuevo artículo 110 del Código Penal de Argentina”³⁵.

Curiosamente, la Corte nada dice sobre la relación entre el juicio civil y la sentencia penal, y la consecuente importancia de declarar a los Mémoli absueltos.

IV. GARANTÍA DE “PLAZO RAZONABLE” Y DERECHO DE PROPIEDAD

Tanto la Comisión como las víctimas alegaron que el plazo de quince años que ha demorado el juicio civil supone una afectación a la garantía del artículo 8.1 de la Convención. Si bien reconocieron que dicha demora se debe en parte a la actividad de las propias partes, argumentaron que las autoridades argentinas también han contribuido a dicha situación. En opinión de las víctimas, la extensión del plazo sumado a la existencia de una medida cautelar implican, también, una afectación a su derecho de propiedad.

La Corte acogió la argumentación de la Comisión y de las víctimas³⁶. En efecto, en su sentencia señala que es efectivo que el proceso civil lleva más de quince años de tramitación, y que desde antes de dicho proceso pesa sobre los Mémoli una medida cautelar de inhibición general para enajenar y gravar bienes. Si bien la Corte “reconoce que la cantidad de recursos intentados por las partes pudo haber dificultado el trabajo de las autoridades judiciales a cargo del caso”, lo cierto es que

“la naturaleza del proceso civil en el presente caso no involucra aspectos o debates jurídicos o probatorios que permitan considerar que el mismo es per se complejo”³⁷,

y que las partes

“estaban haciendo uso de medios de impugnación reconocidos por la legislación aplicable para la defensa de sus intereses en el proceso civil, lo cual per se no puede ser utilizado en su contra”³⁸.

³⁵ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 158.

³⁶ “La Corte usualmente ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo del proceso judicial: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”. (*Op. cit.*, párr. 172).

³⁷ *Op. cit.*, párr. 172.

³⁸ *Op. cit.*, párr. 174.

A lo anterior se debe agregar que, según la legislación argentina, el juicio de indemnización por delitos o cuasidelitos se tramita en procedimiento sumario³⁹, que “es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso”⁴⁰, y que

“las autoridades judiciales internas no previeron la posibilidad de moderar el impacto de la duración del proceso civil en la facultad de las presuntas víctimas de disponer sus bienes, ni tomaron en cuenta que, según la legislación argentina el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”⁴¹.

Por estas razones la Corte declara que Argentina ha violado la garantía de plazo razonable y el derecho de propiedad de los Mémoli⁴².

V. REPARACIONES

En vista de todo lo anterior la Corte:

- i) declara que no corresponde indemnización por la supuesta transgresión a la libertad de expresión de las víctimas, por cuanto no se ha verificado violación a dicho derecho;
- ii) ordena que se levante la medida cautelar impuesta a los Mémoli y que se tomen todas las medidas necesarias para resolver el juicio civil de la forma más expedita e imparcial posible;
- iii) ordenó al Estado de Argentina la publicación de la sentencia;
- iv) concedió una indemnización de US\$ 15.000 a cada uno de los Mémoli por concepto de daño inmaterial por la violación de las garantías de “plazo razonable” y derecho de propiedad⁴³; y
- v) ordenó al Estado cancelar la suma de US\$ 8.000 por concepto de costas y gastos en el litigio.

³⁹ Caso Mémoli vs. Argentina, Párr. 172.

⁴⁰ *Op. cit.*, párr. 176.

⁴¹ *Op. cit.*, párr. 180.

⁴² “En definitiva, para la Corte la duración por más de quince años de un proceso civil de daños y perjuicios de naturaleza sumaria, fundamentado en una sentencia penal por un delito de injurias, aunado a la vigencia durante todo ese tiempo de una inhibición general de enajenar y gravar bienes, sobrepasa excesivamente el plazo que pudiera considerarse razonable para que el Estado resolviese un caso de esta naturaleza y afecta, de una manera desproporcionada, el derecho a la propiedad de los señores Mémoli”. (*Op. cit.*, párr. 183).

⁴³ La Corte declara que los Mémoli no han acreditado ningún daño “material” verificable que pueda ser indemnizado.

VI. CONCURRENCIAS Y DISIDENCIAS

El fallo cuenta con dos votos concurrentes, uno del presidente de la Corte, Diego García-Sayán, y otro del juez Alberto Pérez Pérez. Dichos votos se limitan a reiterar los argumentos esgrimidos por la Corte, y a hacer pequeñas acotaciones adicionales. Lo anterior se debe, pensamos, a que los jueces estaban conscientes de que se trataba de un fallo polémico y complejo, lo que motivaría la redacción de estas defensas “adicionales” para darle mayor sustento a lo resuelto por la mayoría.

Adicionalmente, el fallo cuenta con el voto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer MacGregor Poisot. La importancia de este voto es doble: en primer lugar, refleja la falta de consenso al interior de la Corte (la mayoría gana por la más estrecha votación); y, en segundo lugar, sirve de apoyo a todos quienes quieran criticar el fallo, puesto que la minoría sí consideró conculcadas las garantías de libertad de expresión y de legalidad y retroactividad. El voto minoritario será analizado en el apartado siguiente.

IV. Comentario

En el presente apartado nos concentraremos en el estudio de lo resuelto por la Corte en materia de libertad de expresión y pensamiento. Lo anterior, puesto que ha sido éste el punto que ha encendido mayor polémica en los momentos posteriores al fallo, además de ser el que ofrece mayores posibilidades de análisis por su extensión y profundidad. Apoyaremos nuestra opinión en fallos de la propia Corte, así como en los de otros tribunales cuando sea pertinente. Además, haremos referencia al voto de minoría cuando lo amerite.

1. ¿RETROCESO PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Como hemos señalado en la introducción, el fallo “Mémoli” ha abierto un debate acerca de la situación de la libertad de expresión en la región. Algunos han manifestado que con él la Corte echó pie atrás en lo que venía siendo su jurisprudencia en estas materias, mientras que otros han apuntado a las diferencias que existirían entre este fallo y la sentencia Kimel de la misma Corte.

A continuación intentaremos dilucidar si dichas imputaciones son efectivas, sobre todo teniendo en mente que de la lectura del fallo –así como de los fallos concurrentes– se advierte un intento consciente de la

Corte por enmarcar la sentencia de modo coherente con la jurisprudencia favorable que ha venido teniendo la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos, así como de demarcar nítidamente las diferencias entre este fallo y la sentencia Kimel. Para ello, nos centraremos en los puntos más importantes de la sentencia.

a. Breve comentario sobre la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática

Lo primero que conviene señalar es que, desde su más temprana jurisprudencia, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido el valor que tiene la libertad de expresión en las sociedades democráticas. En efecto, ya en 1987 la Comisión había declarado que: “la libertad de expresión y difusión del pensamiento es una de las más sólidas garantías de la democracia moderna”⁴⁴. Esta afirmación aparece reflejada, también, en varios pronunciamientos de la Corte⁴⁵.

El papel fundamental de esta garantía en el desarrollo democrático de los pueblos aparece explícitamente consagrado en diversos instrumentos internacionales. Es así como la Carta Democrática Interamericana establece que:

“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la *libertad de expresión y de prensa*” (destacados son nuestros).⁴⁶

A mayor abundamiento, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión señala:

“La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”⁴⁷.

⁴⁴ Resolución N° 14/87 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 9642, de fecha 28 de marzo de 1987.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela (2009) párr. 116 y Olmedo Bustos y otros vs. Chile (2001) párr. 68.

⁴⁶ Artículo 4 de la Carta, firmada en septiembre de 2001, en Lima, Perú.

⁴⁷ Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2001.

No es de extrañar, entonces, que uno de los votos concurrentes –si bien no la sentencia misma– vuelva sobre esta idea⁴⁸, a fin de reforzar la estrecha vinculación que existiría entre estas dos ideas.

b. Libertad de expresión vs. honra

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar más atrás, la Corte no titubea en calificar el asunto sometido a su conocimiento como un conflicto entre la libertad de expresión de los Mémoli y el derecho a la honra de los directivos de la Asociación. Además, la Corte señala que este conflicto se deberá solucionar acudiendo al test de proporcionalidad⁴⁹. Lo que uno esperaría, por tanto, es que la Corte intentara describir cómo el derecho a la honra de los directivos, en el caso concreto y a la luz de los principios y artículos de la Convención, prima por sobre la libertad de expresión de los Mémoli, todo ello según las exigencias del test ya aludido. La lectura del fallo, sin embargo, conduce a concluir que la Corte no realiza esta tarea.

En efecto, prueba de lo que aquí hemos denunciado es que la Corte, al contrario de lo que promete, no efectúa ningún análisis ponderativo entre la libertad de expresión y la honra, sino que conduce su examen a una verificación sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 13.2 de la Convención. El análisis, por lo tanto, no consiste en sopesar ambos derechos, sino que en realidad supuso revisar si la medida impuesta por el Estado (sanción penal) era o no legítima a la luz de los requisitos contemplados en la norma ya aludida.

Sólo teniendo ello en mente se entiende por qué, a pesar de describir el asunto como un supuesto conflicto de derechos, la Corte señala:

⁴⁸ El voto concurrente del presidente de la Corte señala: “En su jurisprudencia constante, la Corte ha reafirmado que la libertad de expresión es un derecho fundamental en una sociedad democrática”.

⁴⁹ “Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los 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. La solución del conflicto que se presenta entre ambos derechos requiere de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual deberá examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”. Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 127.

“lo que corresponde a este Tribunal es examinar si al establecerse responsabilidades ulteriores a los señores Mémoli por el ejercicio de su libertad de expresión, el Estado respetó y garantizó los requisitos convencionales al respecto”⁵⁰.

Y que:

“el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)”⁵¹.

A mayor abundamiento, es por estas razones que la honra es escasamente mencionada en la sentencia. En efecto, la Corte alude a ella sólo dos veces; una para señalar de modo abstracto qué entiende por este derecho⁵², y otra para afirmar que el requisito de “fin legítimo” exigido por el artículo 13.2 se cumple cuando el Estado busca limitar la libertad de expresión en miras a la protección de la honra de terceros.

Pensamos que el error denunciado es precisamente el que tuvo en mente el voto de disidencia. En su voto, los jueces que componen la minoría declaran expresamente que la Corte habría entendido mal el verdadero objeto del conflicto. A su entender,

“en este litigio no se trata (...) de resolver un conflicto entre el derecho previsto en el citado artículo 11 y el contemplado en el artículo 13 de la Convención”,

⁵⁰ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 129.

⁵¹ *Op. cit.*, párr. 130.

⁵² La Corte declara: “El artículo 11 de la Convención establece, en efecto, que toda persona tiene derecho a la protección de su honra y al reconocimiento de su dignidad. La Corte ha señalado que el derecho a la honra “reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, este Tribunal ha indicado que el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”. *Op. cit.*, párr. 124.

ni “tampoco el objeto del presente caso es determinar si los tribunales internos competentes podían imponer responsabilidades o sanciones ulteriores a los Mémoli”,

sino que en realidad se trata de determinar si dichas sanciones

“eran o fueron necesarias, a juicio de la Corte y conforme a la Convención, para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de sus querellantes”.

Como podemos apreciar, una primera observación que puede formularse a la sentencia en estudio es que ella no precisa bien su objeto. En efecto, la Corte presenta el litigio como un supuesto conflicto entre derechos, pero termina analizando la legalidad de la medida impuesta por el Estado a la luz de la Convención, prescindiendo casi por completo de cualquier referencia a uno de los derechos en conflicto (honra). Más grave aun es que, como demostraremos en el siguiente punto, la Corte tampoco es clara al momento de ejecutar este último ejercicio.

c. Proporcionalidad y necesidad

Ya hemos dicho que el análisis principal de la Corte consiste en revisar si la medida impuesta por el Estado argentino a los Mémoli cumple o no con los requisitos establecidos en el artículo 13.2 de la Convención. Hemos dicho, además, que la Corte da por cumplidos los dos primeros requisitos simplemente afirmando que el delito de injurias por el cual fueron sancionadas las víctimas sí estaba contemplado en la legislación de ese país, y que dicha restricción perseguía una finalidad amparada por el sistema interamericano (protección de la honra).

Lo verdaderamente interesante, sin embargo, es analizar cómo la Corte examina el cumplimiento del último de los requisitos contemplados en el artículo aludido: “necesidad para una sociedad democrática de la medida restrictiva de la libertad de expresión”. En palabras de dicho tribunal, el examen de este requisito supone verificar si se cumplen los requisitos de “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad”.

Previo a entrar en dicho análisis, la Corte afirma la compatibilidad “teórica” de las medidas penales con la Convención. Es así como señala:

“la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”⁵³

⁵³ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 126.

y que: “en el caso Kimel este Tribunal no consideró incompatibles con la Convención Americana los delitos de injuria y calumnia en sentido general”⁵⁴. Lo anterior determina que lo verdaderamente incompatible con la Convención no es la pena misma, sino su falta de “necesidad”.

Sin embargo, y al igual que en el caso analizado en el punto anterior, la Corte no realiza por sí misma el examen del asunto que indica. En efecto, ella simplemente se remite a lo resuelto y reflexionado por los tribunales argentinos, dando por cumplido el requisito en cuestión, sin efectuar un estudio autónomo a la luz de la Convención y los principios que la inspiran.

Manifestación clara de lo anterior es que la Corte señala que en el caso en estudio ella

“debe verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, sin necesariamente realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requieran”,

concluyendo:

“la Corte constata que las expresiones de los señores Mémoli fueron examinadas en detalle por las autoridades judiciales internas al momento de establecerse la condena penal en su contra”⁵⁵.

Pensamos que posiblemente, al obrar de este modo, la Corte pasó por inadvertidas ciertas consideraciones que quizás habrían modificado su juicio sobre el caso.

En primer lugar, si la Corte hubiera verificado por sí misma la “proporcionalidad” de la medida impuesta a los Mémoli quizás habría notado que no necesariamente se cumplen en el caso todos los requisitos del “test de proporcionalidad”. Como es bien sabido, para que una afectación a un derecho fundamental pueda estimarse “legítima” (proporcional) es necesario que ella satisfaga las siguientes condiciones:

- a) debe perseguir una finalidad legítima;
- b) debe ser adecuada o idónea para la promoción de dicho objetivo legítimo;
- c) debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados y

⁵⁴ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 133.

⁵⁵ *Op. cit.*, párrs. 140-141.

d) debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención⁵⁶⁻⁵⁷.

Si bien la medida adoptada por Argentina (sanción penal) cumple en principio con los dos primeros requisitos del “test”, no es tan claro que satisfaga el tercero de ellos. Como ha señalado un autor,

“el principio de necesidad atiende a la relación entre medios empleados y fines perseguidos. Una medida no es necesaria si el mismo fin perseguido con ella pudo haberse logrado a través de una alternativa menos gravosa”⁵⁸.

Pues bien, en este caso cabe preguntarse, ¿podría el Estado argentino haber conseguido el fin que se proponía (protección de la honra) empleando medios menos drásticos que la pena privativa de libertad? ¿Existen alternativas menos gravosas?

Pensamos que sí. En efecto, la protección de la honra y los derechos de terceros se puede conseguir fácilmente acudiendo a otras medidas de prevención o reparación, como lo es, por ejemplo, la sanción civil (pecuniaria). Esta sola alternativa es menos gravosa que la pena privativa de libertad. Sin embargo, la Corte no parece reparar en este hecho.

A lo anterior debemos agregar que incluso fue el propio Estado argentino quien determinó, mediante la sanción de la ley 26.551, que la sola imposición de multas civiles basta para proteger la honra y otros derechos de terceros. Ello es coherente, además, con lo que han manifestado los propios órganos del sistema interamericano. Si se revisa la Declaración de Principios Sobre la Libertad de Expresión, se advierte que su principio décimo declara:

“Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público (...)”.

A mayor abundamiento la Comisión, interpretando lo dispuesto en el principio recién transcrito, ha dicho:

⁵⁶ Eduardo ALDUNATE L, *Derechos fundamentales*, p. 264.

⁵⁷ Rainer ARNOLD, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 71.

⁵⁸ ALDUNATE L, *op. cit.*, p. 265.

“(…) la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formar opinión y expresarla”⁵⁹.

Como podemos apreciar, no es tan claro que la medida impuesta por Argentina satisfaga el “test de proporcionalidad” que la propia Corte declaró aplicable al caso.

En segundo lugar, al remitirse en términos casi absolutos a lo resuelto por la justicia local la Corte ha olvidado que su papel no es revisar si la ponderación efectuada por los tribunales argentinos es o no compatible con la legislación de dicho país, sino si ella lo es con la Convención. Esto es precisamente lo que reprocha el voto disidente al señalar:

“sin embargo, esa ponderación no es realizada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención, sino evidentemente acorde al derecho interno del Estado. A este respecto, es necesario reiterar que el asunto a resolver en autos es si el juez penal nacional, al conocer y fallar en este asunto, realizó un correcto control de convencionalidad sobre la necesidad de las responsabilidades para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, es decir, no si se aplicó correctamente la sanción penal conforme al derecho interno del Estado, sino si lo hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Convención. Y ello no ocurrió así”.

Como vemos, al apoyarse en lo resuelto al interior del Estado la Corte ha olvidado analizar la situación conforme a su propia normativa, lo que sí ha hecho en otros casos sometidos su conocimiento⁶⁰.

Finalmente, pensamos que la remisión a la que hemos estado aludiendo impidió que la Corte incorporara en su razonamiento algunas consideraciones que ha utilizado en otros casos de conflictos entre la libertad de expresión y honra, y que ahora, sin embargo, omite por completo. Sólo a modo ejemplar podemos señalar que la Corte ha manifestado, en varias oportunidades y apoyándose en lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos⁶¹, que la libertad de expresión no sólo protege aquellas expresiones que son reputadas como “inofensivas” o “indiferentes”, sino

⁵⁹ La interpretación de los principios de la Declaración pueden encontrarse en www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2.

⁶⁰ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (2008), párrs. 81-95.

⁶¹ Véase, a modo ejemplar, Corte Europea de Derechos Humanos, 1992, N° 11798/85.

que también aquellas que “ofenden”, “resultan chocantes” o “perturban”. Dicho razonamiento, no obstante estar presente en varias sentencias de la Corte⁶², es absolutamente prescindido en el caso que estudiamos.

d. Interés público

Ya hemos señalado que la Corte no consideró involucrado el interés público en el caso que estudiamos. Para ello, el tribunal tuvo en mente que sólo se trataría de un conflicto entre “privados” (los Mémoli y los directivos de la Asociación), y que las consecuencias de dicha disputa sólo afectarían potencialmente a los miembros de dicha Asociación (mas no a la comunidad de San Andrés de Giles). Respaldó su opinión en el hecho de que los tribunales locales tampoco habrían visto envuelto el interés público.

Hemos señalado, además, que a partir de esta consideración la Corte decide no aplicar el principio de retroactividad en materia penal, ya que a su juicio las modificaciones introducidas por la ley 26.551 no serían aplicables a los Mémoli, por cuanto las expresiones por ellos emitidas no concernirían asuntos de interés público, no siéndoles aplicable, por tanto, la exoneración introducida por dicha ley.

A nuestro juicio, la opinión de la Corte no resulta del todo satisfactoria. En efecto, no es tan claro que las opiniones vertidas por las víctimas carezcan de cualquier interés social. En primer lugar, porque se trataba de un asunto que concernía al municipio de la ciudad de San Andrés de Giles (cosa que la Corte parece descartar por completo); en segundo lugar, porque los nichos cuya venta se impugnaba se encontraban radicados en el cementerio municipal (bien comunal); en tercer lugar, porque a la fecha en que se efectuaron las declaraciones cuestionadas la Asociación tenía más de trescientos socios (lo que descarta la tesis de que se trataría de un grupo reducido de personas las potencialmente interesadas)⁶³ y, finalmente, porque la Corte ha definido con bastante amplitud qué debe entenderse por interés público, como veremos a continuación.

Tratando de describir lo que ella entiende por interés público, la Corte ha señalado que dicho concepto no se limita únicamente a aquellos asuntos que involucren a agentes u órganos del Estado, sino que también recoge aquellos hechos o circunstancias respecto de los cuales la sociedad tenga un “legítimo interés” o que “afecten derechos o intereses generales”. Concordante con ello, la Corte nos señala:

⁶² Corte IDH, *Kimel vs Argentina* (2008) párr. 88; y Corte IDH *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, (2001), párr. 69.

⁶³ Según el voto disidente, al momento de los hechos la ciudad de San Andrés de Giles tenía una población de dieciocho mil habitantes.

“a efectos de la protección de la libertad de expresión, la Corte ha considerado de interés público aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes”⁶⁴.

Es por ello que parece ilógico que la Corte no considere involucrado el interés público en el caso que estudiamos simplemente porque las expresiones “no involucraban a funcionarios o figuras públicas ni versaban sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado”⁶⁵. Como vemos, ello supone efectuar una interpretación restrictiva (sino incoherente) de lo que la propia Corte ha entendido por interés público, todo ello en perjuicio de las víctimas.

e. Sentencia Kimel

Durante el proceso la Comisión y las víctimas señalaron que el caso que estaba siendo remitido a la Corte ofrecía una serie de similitudes con el caso Kimel, del año 2008, en que la Corte tuvo oportunidad de revisar la compatibilidad de los delitos de injuria y calumnia de la legislación argentina con los estándares impuestos por la Convención. Según ellas, las mismas razones que justificaron la sentencia en dicho caso deberían servir para fallar el asunto que ahora se remitía a la Corte.

Es precisamente este intento de equiparación el que explica por qué la Corte, en reiteradas ocasiones a lo largo del fallo, se preocupa de trazar con nitidez las diferencias que existirían entre ambos casos (Mémoli y Kimel). A continuación analizaremos brevemente si la Corte logró o no dicho objetivo.

En el caso Kimel la Corte tuvo que analizar si la pena impuesta por el Estado argentino al señor Eduardo Kimel por la publicación del libro *La masacre de San Patricio* se ajustaba o no a la Convención. Dicho libro estudiaba y analizaba las gestiones judiciales desarrolladas con ocasión del asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar vivida en dicho país. Tras la publicación del libro, el juez de la causa entabló una acción penal en contra del señor Kimel por el delito de calumnia. Tras un largo proceso judicial, el señor Kimel fue condenado a una pena privativa de libertad más una pena de multa.

⁶⁴ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 146.

⁶⁵ *Ibid.*

En su análisis del caso, la Corte determinó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias” supone una afectación a las garantías establecidas en la Convención. La falta de precisión en la tipificación de estos delitos se habría evidenciado en que no hubo consenso entre los distintos tribunales que intervinieron en el proceso dirigido contra el señor Kimel en orden a si las expresiones por él vertidas eran constitutivas del delito de injuria o de calumnia. En efecto, en dicho proceso fue normal que los tribunales cambiaran la calificación de los hechos, unos señalando que constituirían el delito de injuria, y otros señalando que importaban el delito de calumnias.

No obstante, la Corte señaló que ella “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”, aunque advirtió:

“esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”⁶⁶.

En su razonamiento, la Corte tuvo en mente:

“el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal”⁶⁷.

Además señaló:

“el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana”⁶⁸.

Como podemos ver, en dicha sentencia la Corte no estimó contrarias a la Convención las penas privativas de libertad para los delitos de injuria y calumnia *per se*, sino que optó por sujetarlas a estrictos criterios

⁶⁶ Caso Kimel vs. Argentina, párr. 78.

⁶⁷ *Op. cit.*, párr. 76.

⁶⁸ *Op. cit.*, párr. 77.

de procedencia y de interpretación.

Es por ello que nos parece correcto que la Corte, en la sentencia que ocupa el objeto de nuestro estudio, haya declarado:

“contrario a lo alegado por la Comisión, en el caso Kimel este Tribunal no consideró incompatible con la Convención Americana los delitos de injuria y calumnia en sentido general. (...) En el caso Kimel la Corte se pronunció específicamente en relación a los entonces vigentes artículos 109 y 110 del Código Penal estableciendo que no cumplían con los estándares de estricta legalidad exigibles en materia penal por ‘la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias’ (...) Sobre esa base es que la Corte Interamericana dispuso, específicamente, que se corrigieran tales ‘imprecisiones’”⁶⁹.

Además, la Corte descarta que dichas “imprecisiones” pudieran afectar a los Mémoli, por cuanto:

“en el presente caso no se presenta una situación similar a la del caso Kimel, ya que era suficientemente previsible que ciertas expresiones y calificaciones utilizadas por los señores Mémoli (en las que acusan a los querellantes como posibles autores o encubridores del delito de estafa, los califican como ‘delincuentes’, ‘inescrupulosos’, ‘corruptos’ o que ‘se manejan con tretas y manganetas’, entre otras) podrían dar lugar a una acción judicial por alegada afectación al honor o la reputación de los querellantes”⁷⁰.

Como vemos, a juicio de la Corte, las expresiones vertidas por los Mémoli eran, por sí mismas, capaces de gatillar la acción penal, o al menos de generar la expectativa de que ellas podrían iniciarse. En otras palabras, los Mémoli no podrían haberse sorprendido –sensatamente– de las acciones interpuestas por los directivos de la Asociación, ya que ellas eran lo suficientemente graves como para justificar por sí solas dichas acciones. Y esto, a juicio de la Corte, es una diferencia sustancial entre ambos casos. En efecto, las expresiones vertidas por el señor Kimel no eran lo suficientemente claras como para justificar en sí mismas la sanción penal. Prueba de ello es que los propios tribunales argentinos se debatieron en torno a su naturaleza y consecuencias. Esto no sucedió en el caso de los Mémoli, lo que impediría que se identifiquen ambos casos.

Si bien concordamos con la Corte en que en el juicio contra los Mémoli la falta de “precisión” con el que se tipificaban los delitos de injuria

⁶⁹ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 133.

⁷⁰ *Op. cit.*, párr. 137.

y calumnia no fue un asunto controvertido por ninguno de los tribunales intervinientes; pensamos que las consideraciones de la Corte en el caso *Kimel* relativas a la naturaleza de las sanciones penales pudo haber tenido repercusiones en el caso *Mémoli*.

Como hemos tenido oportunidad de señalar, en el caso *Kimel* la Corte señaló que el las sanciones penales sólo deben proceder de manera subsidiaria, y siempre teniendo en mente

“la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”.

Estas consideraciones, no obstante su importancia, no aparecen en ninguna parte de la sentencia *Mémoli*.

No creemos aventurado suponer que, si la Corte hubiera traído a colación en este caso sus consideraciones en materia de sanciones penales, quizá habría interpretado de manera distinta las penas impuestas a las víctimas. En efecto, no queda claro si la Corte ponderó el “dolo con que actuaron” los *Mémoli*, las “características del daño” por ellos causados, y la “absoluta necesidad” de aplicar las penas privativas de libertad. Pensamos que estas reflexiones, atendidas las exigencias que irroga la aplicación de sanciones penales, no debieron haber faltado en el razonamiento de la Corte.

Conclusiones

De nuestro análisis podemos aventurar las siguientes conclusiones:

1. El sistema interamericano de protección de derechos fundamentales ha manifestado desde sus inicios la estrecha vinculación que existe entre un estado democrático y el respeto a la libertad de expresión y pensamiento.
2. Si bien la Corte calificó el caso como un supuesto conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra, lo que ella terminó analizando fue la necesidad de la medida impuesta a las víctimas, sin presentar un desarrollo jurídico-dogmático del derecho a la honra.
3. La Corte se apoyó excesivamente en lo reflexionado y resuelto por los tribunales argentinos. Esta “delegación” le impidió analizar en detalle los requisitos del test de proporcionalidad (en particular el requisito de “necesidad”); fue un obstáculo a que

la Corte analizara el asunto a la luz de la propia Convención; y la imposibilitó de incorporar otro tipo de consideraciones a su razonamiento.

4. La Corte realizó una interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por “interés público”. En efecto, y contrariando su propia jurisprudencia al respecto, en este caso entendió que sólo existe interés público cuando está comprometido alguna institución o agente del Estado.
5. La Corte acertó en distinguir entre este caso y el juicio Kimel en algunos puntos. Sin embargo, en esta sentencia omitió importantes consideraciones que sí aparecen en dicho fallo, y que posiblemente podrían haber cambiado el modo de razonar del tribunal.
6. El voto de disidencia es doblemente importante: en primer lugar, porque es suscrito por cuatro jueces, lo que determina que la mayoría se impuso por la más estrecha de las votaciones; y en segundo lugar, porque ahí aparecen consignadas importantes observaciones al voto de la mayoría, lo que justifica varias de las críticas que se le han formulado a la sentencia.

Bibliografía

JURISPRUDENCIA CITADA

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución N° 14/87, caso 9642, de fecha 28 de marzo de 1987.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Castells vs. España, 1992.
- CORTE IDH, Kimel vs. Argentina, 2008.
- CORTE IDH, Mémoli vs. Argentina, 2013.
- CORTE IDH, Olmedo Bustos y otros vs. Chile, 2001.
- CORTE IDH, Perozo y otros vs. Venezual, 2009.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, suscrita el 22 de noviembre de 1969.
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, firmada en septiembre de 2001, en Lima, Perú.
- DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2001.

DOCTRINA

ALDUNATE, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008.

ARNOLD, Rainer *et al.*, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 1, Santiago, 2012.