

**VOTO CONCURRENTENTE  
DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA  
SOBRE EL CASO KIMEL,  
DEL 2 DE MAYO DE 2008**

1. He sumado mi voto al de mis colegas porque comparto las decisiones de fondo adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Kimel*, que constan en los puntos resolutivos de la Sentencia dictada el 2 de mayo de 2008. Por otra parte, difiero en lo que respecta a algunas consideraciones formuladas en ese documento (que no figuran en aquellos puntos ni afectan las decisiones que comparto) en torno a posibles restricciones a la libertad de expresión y a responsabilidades ulteriores --como las denomina el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-- que derivan de la inobservancia de dichas restricciones o el desbordamiento de los límites que constituyen el marco para el ejercicio de aquella libertad.

2. Las salvedades a las que me refiero, en las que retomo una posición anteriormente sostenida a propósito de la libertad de expresión y las responsabilidades que trae consigo la inobservancia de sus límites legítimos, explican este voto concurrente. Lo emito, como lo he hecho siempre, con el mayor respeto y consideración hacia quienes sustentan un punto de vista diferente, sin incurrir en generalizaciones improcedentes ni cuestionar el sentido evolutivo --ampliamente reconocido-- de la jurisprudencia de la Corte.

3. En este voto reitero la posición que adopté y los argumentos que expresé en mi parecer concurrente a la Sentencia dictada por la Corte el 2 de julio de 2004 en el *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. En esa resolución, el Tribunal abordó el derecho a la expresión del periodista que publica noticias o manifiesta opiniones acerca de la conducta de funcionarios públicos, naturalmente sujeta a un umbral de protección menos exigente que el que prevalece cuando se trata de particulares cuya conducta no afecta el interés público. Los casos *Herrera Ulloa* y *Kimel* no son idénticos entre sí, pero ambos suscitan reflexiones semejantes, que guardan relación con criterios expuestos por la Corte en la *Opinión Consultiva OC-5/85*, acerca de *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* del 13 de noviembre de 1985.

4. En la Sentencia correspondiente al *caso Kimel*, la Corte deja a salvo la alta jerarquía de la libertad de expresión como piedra angular para el establecimiento y la preservación del orden democrático. Al respecto, estimo --como señalé en mi voto sobre el *caso Herrera Ulloa*-- que esa libertad, que abarca a todas las personas y no se agota en el espacio de un grupo profesional, posee "características específicas [...] cuando se ejerce a través de medios de comunicación social que permiten la transmisión de mensajes a un gran número de personas" (párr. 2). Lo que se dice de la comunicación periodística se puede afirmar, con las mismas razones, de la recepción y difusión de mensajes a través de obras con pretensión informativa o histórica, que refieren y valoran acontecimientos relevantes para la sociedad.

5. En la Sentencia correspondiente al *caso Kimel*, la Corte se plantea la posible colisión entre derechos fundamentales previstos y protegidos por la Convención Americana: por una parte, la libertad de expresión, conforme al artículo 13 de ese instrumento, y por la otra, el derecho a la honra y la dignidad, recogido en el artículo

11. Uno y otro tienen conexión --aunque no es éste el tema de la sentencia y de mi voto-- con el derecho de rectificación o respuesta al que alude el artículo 14.1, a propósito de "informaciones inexactas o agraviantes". La mencionada colisión posee especial importancia en la época actual, caracterizada por el intenso despliegue de poderosos medios de comunicación social. Suscita distintas y a menudo encontradas opiniones, que desembocan en soluciones jurídicas diversas.

6. En el debate sobre estas cuestiones --que suele plantear dilemas de solución difícil, y en todo caso controvertida-- surgen apreciaciones relevantes acerca del papel que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática, tema sobre el que la Corte se ha pronunciado con firmeza y constancia --como dije *supra* párr. 3--, y del respeto que merece el derecho a la intimidad, al buen nombre, al prestigio, también concebidos como derecho al honor, a la honra o a la dignidad --conceptos que deben analizarse al amparo de la cultura que los define y tutela-- y que puede verse mellado por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Las conexiones que existen entre los temas de aquellos casos contenciosos y la permanencia de mis puntos de vista sobre esos temas explican que en el presente texto invoque con frecuencia mi voto en el caso citado en primer término.

7. Nos hallamos en un punto de encuentro entre dos derechos que es preciso salvaguardar y armonizar. Ambos tienen la elevada condición de derechos humanos y se hallan sujetos a exigencias y garantías que figuran en el "estatuto contemporáneo de los derechos y libertades" de las personas. Jamás pretenderíamos abolir la observancia de uno, aduciendo --como se hace con argumentación autoritaria-- que el ejercicio de algunos derechos reclama la desaparición o el menosprecio de otros. Así avanzaríamos hacia un destino tan oscuro como predecible.

8. Ahora bien, los hechos del presente caso contencioso (es decir, las expresiones proferidas por el autor de un libro, la repercusión de éstas sobre la honra de un magistrado y la reacción legal penal que éste promovió), analizados en sus propios términos y en relación con el reconocimiento formulado por el Estado, no poseen las características que podrían determinar un debate a fondo sobre la colisión de derechos.

9. Aun así, la Corte se ha ocupado en establecer, a través de un metódico examen sobre la validez y operación de restricciones a la libertad de expresión, los elementos que pudieran justificar esas restricciones a la luz de principios generales prevalecientes en el Derecho internacional de los derechos humanos. Esto contribuye a la apreciación y caracterización de algunos extremos acogidos en el artículo 13 --así, legalidad, necesidad e idoneidad en función de ciertos fines lícitos--, que gobiernan el tema de las restricciones y pueden ser aplicados, asimismo, al examen de los artículos 31 y 32.2 de la Convención. Esta pauta para el examen de restricciones --y la legitimación de reacciones jurídicas-- constituye una útil aportación metodológica de la Sentencia en el caso *Kimel* al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y a la argumentación que explica y justifica las decisiones del Tribunal.

10. La reflexión de la Corte Interamericana toma en cuenta, desde luego, que los derechos consagrados en la Convención no son absolutos, en el sentido de que su ejercicio se halle exento de límites y controles legítimos. Semejante concepción privaría a la generalidad de los ciudadanos del amparo de la ley y dejaría el orden social en manos del poder y del arbitrio. Hay fronteras para el ejercicio de los derechos. Más allá de éstas aparece la ilicitud, que debe ser evitada y sancionada con los medios justos de que dispone el Estado democrático, custodio de valores y principios cuya tutela interesa al individuo y a la sociedad y compromete las acciones

del propio Estado. Democracia no implica tolerancia o lenidad frente a conductas ilícitas, pero demanda racionalidad. A esto se refieren, en esencia, las restricciones generales y especiales previstas por la Convención Americana: aquéllas, en los artículos 30 y 32.2; éstas, en preceptos referentes a ciertos derechos y libertades, entre los que figura el artículo 13.

11. No es posible ignorar que en el mundo moderno han aparecido y crecido --al lado de los poderes formales, e incluso por encima de éstos-- determinados poderes fácticos que pueden tener o tienen efectos tan devastadores sobre los bienes y derechos de los individuos como los que alcanzaría la acción directa del poder público en el sentido tradicional de la expresión. De ahí el giro que ha tomado el análisis de los sujetos obligados por los valores y principios constitucionales, también trasladados, con formas propias, a la escena internacional: vinculan a todas las personas, públicas o privadas, porque son condiciones para la vida misma y la calidad de la vida de todos los ciudadanos, que deben quedar a salvo, por igual, de poderes formales o informales, individuales o colectivos.

12. A propósito del punto que mencioné en el párrafo anterior, cabe observar que el tema del amparo internacional horizontal se halla pendiente de mayor examen por parte de la Corte Interamericana, pero ésta ya ha establecido, con entera claridad, que concierne al Estado velar por el imperio de los derechos humanos en el desarrollo de las relaciones sociales entre particulares, y que no hacerlo entraña inobservancia de derechos individuales, violación de deberes públicos y responsabilidad internacional del Estado por la omisión en que incurre con respecto a su función de garante frente a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana.

13. Resulta atractivo avanzar en el análisis de estas cuestiones, tan destacadas en nuestros días, frente al repliegue del poder político, que se quiere justificar bajo la idea de retirar al Estado poderes excesivos, que debieran hallarse en manos de la sociedad, pero entraña el gravísimo peligro --cuyas aplicaciones están a la vista-- de restar al mismo tiempo deberes estatales, con la consecuente mengua de derechos (efectivos) de quienes no pueden resistir por sí mismos la fuerza del mercado y el vigor de los poderes fácticos. Ahora bien, considero que el caso *Kimel* no constituye el espacio natural para el tratamiento de este tema --cuya importancia reconozco--, porque en aquél no se plantea el ejercicio de poderes fácticos imperiosos sobre los derechos e intereses de un ser humano, sino el despliegue de acciones públicas formales del Estado a través de las potestades persecutorias y jurisdiccionales.

14. En el caso *Kimel*, el propio Estado ha admitido que fue excesivo o inmoderado el uso de la vía penal para sancionar al autor de la obra en la que figuran determinadas apreciaciones sobre el desempeño de un funcionario judicial. En efecto, manifestó que "la aplicación de una sanción penal al señor Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (párr. 18 de la Sentencia en el *caso Kimel*). Esa admisión por parte del Estado (que no excluye el análisis y la apreciación a cargo de la Corte en torno a los hechos que se le presentan, como procede hacerlo conforme a las características y objetivos del enjuiciamiento internacional sobre derechos humanos, donde el principio de dispositividad sustantivo o procesal no frena la función jurisdiccional, cuyo impulso obedece a razones de interés público), favorece la decisión judicial internacional, tanto en lo que respecta a la existencia de una violación de derechos individuales como en lo que toca a la

necesidad de modificar el ordenamiento interno aplicado, cuyas deficiencias reconoció el Estado.

15. Aquí se plantea de nuevo, a propósito de los sucesos del caso particular y a partir de ellos, la necesidad de examinar una vez más cuál es el medio legítimo, compatible con los valores y principios que asegura la Convención Americana, para salir al paso de conductas indebidas, lesivas de ciertos bienes jurídicos y de los derechos de sus titulares. Ya dije que no se trata de cancelar el rechazo --y la consecuente reacción-- frente a conductas ilícitas, sino de encauzarlo con estricta racionalidad conforme a esos valores y principios. También existe una frontera para la reacción pública contra la conducta ilícita: ese lindero, que es garantía para todos, no significa indiferencia, abandono o impunidad, sino ejercicio legítimo y puntual del poder. Obviamente, no se pretende autorizar la lesión del derecho bajo el argumento de que existe derecho a dañar. La libertad no es salvoconducto para la injuria, la difamación o la calumnia, ni absolución automática de quien causa, con una conducta injusta, un daño moral.

16. Establecido lo anterior, es preciso indagar la forma racional de prevenir y combatir la violación de los derechos. Con alguna frecuencia --cuyo crecimiento debiera ser motivo de alarma, y en ocasiones lo es de complacencia, con escasa memoria histórica y grave error de previsión-- se acude a la vía penal para enfrentar conductas ilícitas. Y dentro de esa vía, se opta por las medidas más rigurosas, que pudieran ser inmoderadas o excesivas en general y en particular y que a menudo resultan ineficaces y contraproducentes. En suma: desproporcionadas si se acepta que debe existir proporcionalidad --que es, en esencia, racionalidad-- entre la restricción autorizada y la medida que se aplica al amparo de aquélla. Por supuesto, el expediente penal se halla al alcance de la sociedad y del Estado para combatir las afectaciones más graves de los bienes públicos y privados, que no pueden ser protegidos con instrumentos y reacciones menos rigurosos. Pero el acceso a ese expediente del control social no significa, en modo alguno, que sea el único practicable, ni el primero en la escena, ni el más adecuado en todos los casos.

17. Es preciso recordar constantemente --con la misma constancia que se observa en las tentaciones de criminalizar y penalizar un elevado número de conductas--, que el instrumento penal debe ser utilizado con gran restricción y cautela. En diversas resoluciones y opiniones, la Corte Interamericana ha destacado la compatibilidad entre el denominado derecho penal mínimo y los valores y principios de la democracia, contemplados desde la perspectiva penal. El empleo del sistema de delitos --por incriminación de las conductas-- y los castigos --por penalización de sus autores-- contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía, que siempre acecha. La desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la sociedad democrática. De ahí nuestra oposición frontal al Derecho penal máximo.

18. El Estado ha reconocido que su ordenamiento regula de manera inadecuada los tipos penales que pudieran resultar aplicables a la materia que ahora examino: "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (párr. 18 de la Sentencia en el *caso Kimel*), esto es, la adecuación del marco jurídico nacional al deber de garantía que establece el artículo 1.1 de la Convención. En mi voto concurrente a la Sentencia del *caso Herrera Ulloa* me he ocupado de este tema y he sostenido que antes de discurrir sobre la mejor o peor formulación de tipos penales con los que se pretende

combatir los excesos en el ejercicio del derecho a la expresión por parte de periodistas --que fue el tema en *Herrera Ulloa*, y vuelve a serlo, en alguna medida, en *Kimel*--, es preciso resolver si la vía penal constituye el medio adecuado --por único, necesario o siquiera conveniente-- para proveer la reacción jurídica que merece una conducta indebida en este ámbito.

19. Creo que la vía penal no es ese medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomo en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que se pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin, en forma que resulta: a) consecuente con el derecho del ofendido por el agravio, y b) suficiente para acreditar el reproche social, que constituye un cauce para la satisfacción del agraviado. Si la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de "necesidad" que invoca el artículo 13.2, el imperativo de "interés general" que menciona el artículo 30, y las razones vinculadas a la "seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común" que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada.

20. En mi voto sobre el *caso Herrera Ulloa*, al que ahora me remito y cuyas consideraciones reitero, manifesté que "antes de resolver la mejor forma de tipificar penalmente estos ilícitos, habría que decidir si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema --consecuente con el conjunto de bienes e intereses en conflicto y con el significado que tienen las opciones al alcance del legislador--, recurrir a la solución penal, o basta con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo, como ocurre en un gran número --de hecho, en el mayor número, con mucho-- de supuestos de conducta ilícita, que el Derecho no enfrenta con instrumentos penales, sino con medidas de diverso género" (párr. 14 de mi voto en el *caso Herrera Ulloa*).

21. Esa otra "forma de enfrentar la ilicitud --sostuve entonces y afirmo ahora-- parece especialmente adecuada en el supuesto de (algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama, el prestigio de los particulares. Esto así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querría derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta presenta. En efecto, la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal: señala, bajo un título jurídico diferente, lo mismo que se espera de ésta, a saber, que el demandado incurrió en un comportamiento injusto en agravio del demandante, a quien le asiste el derecho y la razón. De esta suerte, la sentencia civil [...] provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita" (párr. 18 de mi voto en el *caso Herrera Ulloa*).

22. En el *caso Kimel*, el querellante contra el autor de la obra cuestionada era un funcionario judicial. Por supuesto, los funcionarios públicos merecen la protección de la ley, que el Estado debe brindar con diligencia y eficacia a través de normas y jurisdicciones. No lo discuto, de ninguna manera. Sería insoportable, por injusto, privar al funcionario de la posibilidad de buscar la protección de sus derechos. Lo dejaría a merced de ataques ilícitos y sembraría la posibilidad, indeseable, de autojusticia. La tutela legal debe correr, pues, en todas direcciones.

23. Sin embargo, también es preciso recordar que --como señalé en mi voto relativo al *caso Herrera Ulloa*-- "las actividades del Estado, a través de sus diversos

órganos[,] no son indiferentes y mucho menos debieran ser inaccesibles al conocimiento de los ciudadanos comunes. La democracia se construye a partir de la opinión pública, debidamente informada, que con base en esa información orienta su juicio y toma sus decisiones. Así, el ingreso en el ámbito de esas cuestiones resultará mucho más holgado que el correspondiente a los asuntos estrictamente privados, propios de la vida personal o íntima, que no trascienden sus estrictos linderos. La llamada 'transparencia' tiene en aquel ámbito uno de sus espacios naturales" (párr. 23).

24. En el voto que estoy citando mencioné que "en algunos casos se ha previsto la posibilidad de sancionar penalmente la reiterada comisión de ilícitos inicialmente sancionables bajo el Derecho civil o administrativo. En tales supuestos, la reiteración de una falta implica el agravamiento de la ilicitud, hasta el extremo de que ésta transite del orden civil o administrativo al orden penal y sea sancionable con medidas de este último carácter" (párr. 20 de mi voto en el *caso Herrera Ulloa*).

25. En la Sentencia del *caso Kimel*, la Corte ha buscado ceñir el espacio de la solución punitiva, a través de ciertas precisiones que minimizan, pero no suprimen, el desempeño de la opción penal: "esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor [de informaciones u opiniones], 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" (párr. 78 de la Sentencia en el *caso Kimel*).

26. Este es un paso hacia la reducción penal, pero no necesariamente el último paso, que se halla en la opción por la vía civil, expedita y eficaz. Habrá que avanzar en ese camino, como propuse en el voto de *Herrera Ulloa* y reitero en el de *Kimel*. Por supuesto, la opción por el uso de medios jurisdiccionales que culminan en condenas -- que no tienen naturaleza penal, pero no por ello carecen necesariamente de eficacia--, no debiera olvidar que hay otras posibilidades, que conviene mantener abiertas y activas, en el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público: la información errónea o sesgada se combate con información fidedigna y objetiva, y la opinión infundada o maliciosa, con opinión fundada y suficiente.

27. Esos son los extremos naturales de un debate que difícilmente se zanjará en las oficinas de la policía, en los estrados de los tribunales o tras las rejas de las prisiones. El derecho de rectificación o respuesta, regulado por el artículo 14 de la Convención, tiene raíz en consideraciones de este género. Por supuesto, lo que ahora manifiesto supone que sean accesibles los canales para la respuesta y que la organización de las comunicaciones sociales permita un verdadero diálogo entre las diversas posiciones, versiones y opiniones, como debe suceder en el sistema democrático. De no ser así, asistiríamos al monólogo del poder --político o de otro género-- frente a sí mismo y a un conjunto de auditores o espectadores cautivos.

28. También me parece relevante el deslinde que hace el Tribunal interamericano entre la información que somete al público la existencia de hechos y que pretende constituir un retrato de la realidad --dignificado por la acuciosidad y objetividad del profesional competente y apreciable-- y la opinión que vierte el comentarista, analista, autor en general, acerca de esos hechos. Si es posible valorar la noticia como cierta o falsa, cotejándola con la realidad que se propone describir, no es razonable aplicar las mismas calificaciones a la opinión, que de antemano constituye un parecer, una apreciación, una valoración --que es posible compartir o de la que se puede discrepar

en un nuevo ejercicio de opinión--, y que por ende puede ser calificada como razonable o irracional, acertada o errónea, pero no como falsa o verdadera. Sobra señalar los riesgos que implica el debate ante los tribunales acerca de la validez de las opiniones, y peor aún si esto ocurre por la vía penal: en los delitos de opinión naufraga la libertad y prospera la tiranía.

29. Finalmente, es importante observar que la Corte ha reiterado su posición en torno a un tema que se actualiza con motivo de las persecuciones penales emprendidas con base en supuestos delitos de información u opinión (acerca de los cuales reitero las reservas que antes enuncié): carga de la prueba. Como ha destacado la Corte en otros casos, dicho principio resulta aplicable a cualesquiera conductas, a título de garantía general en la relación entre el Estado y el ciudadano que culmina en la afectación de derechos de éste: "En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación" (párr. 78 de la Sentencia en el *caso Kimmel*).

Sergio García Ramírez  
Juez

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario