

VOTO RAZONADO CONCURRENTENTE DEL JUEZ ALBERTO PÉREZ PÉREZ EN EL CASO “MÉMOLI VS. ARGENTINA”

Concuerdo plenamente con todos los términos de la sentencia dictada por la Corte, de modo que el presente voto razonado se dirige a poner de relieve algunos aspectos que considero particularmente importantes.

I. Principios generales establecidos en la jurisprudencia de la Corte

1. En el presente caso, como en varios otros decididos anteriormente por la Corte¹, se plantea el tema de la relación entre el derecho a la honra y la dignidad, o a la vida privada, y la libertad de pensamiento y expresión. Se trata de dos derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 11 y 13, a cuyo respecto la Corte ha establecido en su jurisprudencia una serie de importantes principios generales, que en esta Sentencia se reafirman.

Dos derechos fundamentales que deben armonizarse

2. Como ha establecido la Corte, es necesario armonizar los dos derechos fundamentales, que en determinados casos se contraponen.

3. Para el análisis correspondiente a ese ejercicio de armonización, es interesante recordar algunos aspectos del proceso de elaboración de la Convención. Los artículos 8 y 10 del proyecto elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos eran concordantes con los artículos 11 y 13 del texto definitivo, pero tenían algunas diferencias significativas con ellos, en particular en el caso del derecho a la honra y la dignidad. Varias de las modificaciones finalmente aprobadas en la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos celebrada en noviembre de 1969 en San José de Costa surgieron de propuestas formuladas previamente, cuando los Estados Miembros de la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formularon comentarios al proyecto original.

4. En esa etapa de estudio, tuvo particular importancia el Simposio llevado a cabo en 1959 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo², en el que participaron los principales profesores de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Internacional de dicha Facultad. En el curso de las deliberaciones, se prestó especial atención a los artículos 8 y 10 del proyecto y se propusieron varias modificaciones que en definitiva pasaron a integrar el texto de la Convención.

¹ *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, y *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

² *Simposio sobre el proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1959.

5. En lo tocante al artículo 10 del proyecto (entonces titulado "Libertad de expresión del pensamiento y de información) se hizo una importantísima sugerencia acerca del párrafo 4, que admitía la censura previa de los espectáculos públicos "con el exclusivo objeto de salvaguardar las buenas costumbres, el prestigio o la seguridad nacionales". El profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga recordó que la delegación uruguaya había propuesto la prohibición de la censura previa, y que cuando se indicó que era necesario prever "la protección de la infancia y la adolescencia", había propuesto que fuera "exclusivamente para la protección de las buenas costumbres de la juventud, de la niñez y de la adolescencia". El Simposio, a propuesta del profesor Aníbal Luis Barbagelata y el Decano Juan Carlos Patrón, propuso que el texto del párrafo 4 fuera el que finalmente resultó incluido en la Convención, según el cual la censura previa de los espectáculos públicos se admite "con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia"³.

6. El artículo 8 del proyecto se titulaba "Derecho a la inviolabilidad domiciliaria y al honor", y su texto era el siguiente: "*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, y contra ataques contra su honra o reputación*". Varios de los participantes en el Simposio se refirieron al tema, y el profesor Barbagelata sugirió que "en lugar de hablarse indirectamente del derecho a la honra o a la reputación podría hacerse positivamente la afirmación de la consagración del derecho al honor", en los siguientes términos: "Todo ser humano tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad." Finalmente se aprobó el siguiente texto:

1. *Todo ser humano tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad.*
2. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación.*
3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*⁴.

7. El texto aprobado en el Simposio pasó a ser, en definitiva, el artículo 11 de la Convención, con sólo algunas modificaciones de redacción ("respeto de su honra", en lugar de "honor", en el párrafo 1; sustitución de la palabra "ilegales" por la palabra "abusivas" como calificativo de las injerencias prohibidas; calificación de los ataques a la honra o reputación como "ilegales"). El cambio tiene importancia, porque implica el reconocimiento del derecho a la honra y a la dignidad en forma directa, y no por la vía indirecta de consagrar el derecho a la protección contra las injerencias o ataques".

8. Así pues, tanto de la lectura directa de la Convención como del análisis del proceso que llevó a la aprobación final de los artículos 11 y 13 se deduce que la libertad de

³ *Simposio sobre el proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, supra*, págs. 84-85. En el texto definitivo de la Convención se añadieron al final del párrafo 4 las palabras "sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2". Asimismo se añadió el párrafo 5, que contiene la prohibición de propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso. En el presente caso no tiene trascendencia este punto, por lo cual en el texto principal no corresponde desarrollarlo. En esta nota al pie, en cambio, vale la pena señalar que el profesor Barbagelata dijo que el texto del proyecto no le satisfacía "en absoluto", en la parte referente a la salvaguardia "del prestigio y de la seguridad nacionales", que podría ser "una forma indirecta de limitación de la libertad artística y de la libertad de pensamiento". No concebía "una hipótesis en que el espectáculo público pueda afectar el prestigio o la seguridad nacional". Asimismo se hicieron otras importantes propuestas que fueron posteriormente incluidas en la Convención, entre las que se destaca el artículo aditivo 32 a (inspirado en el artículo 72 de la Constitución Uruguaya y propuesto por el profesor Alberto Ramón Real), cuyo texto era el siguiente: "La enumeración de derechos y garantías hecha por esta Convención, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma democrática republicana de gobierno." (*Simposio sobre el proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, supra*, págs. 164-165 y 227). De esa propuesta surgió el que finalmente sería el literal c) del artículo 29 de la Convención.

⁴ *Simposio sobre el proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, supra*, págs. 80-81.

pensamiento y de expresión y el derecho al respeto de la honra o reputación y al reconocimiento de la dignidad de toda persona son derechos fundamentales de todo ser humano, en un pie de igualdad, y sin que *a priori* se pueda asignar prioridad o preponderancia a ninguno de los dos. En cada caso deberá hacerse una ponderación, teniendo plenamente en cuenta todos los hechos pertinentes.

Las limitaciones de los derechos

9. El artículo 29-d) de la Convención establece que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". En consecuencia, es aplicable el artículo XXVIII de la citada Declaración, según el cual "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático".

10. Específicamente en relación con la libertad de pensamiento y de expresión, el artículo 13.2 de la Convención dispone lo siguiente:

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 la reputación de los demás, o*
- b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."*

Quiere decir que en el caso de la libertad de pensamiento y de expresión existen límites específicos que – respetando las exigencias de que sean "responsabilidades *ulteriores*" y estén "expresamente fijadas por la ley" – contemplan expresamente la necesidad de asegurar "el respeto a los derechos o *la reputación* de los demás". En cambio, no hay en la Convención ninguna disposición que fije límites específicos al derecho a la honra o reputación y a la dignidad. Incluso, resulta muy difícil, si no imposible, concebir una situación en la cual el ejercicio o el goce de este derecho pudiera afectar a otro derecho, de modo que correspondiera aplicar la limitación genérica indicada en el párrafo 8.

11. No obstante, en sus fallos anteriores la Corte ha entendido que en ciertos casos precisamente definidos el derecho a la honra debe ceder ante la libertad de pensamiento y de expresión, en razón de la importancia que ésta tiene para una sociedad democrática. En los párrafos siguientes se analizarán los elementos que en determinadas circunstancias (que, como se verá, no concurren en el presente caso) dan lugar a ese predominio de un derecho sobre otro.

Ponderación entre ambos derechos

12. La Corte ha comenzado su razonamiento proclamando la equivalencia de ambos derechos y la necesidad de ponderarlos o armonizarlos. Por ejemplo, en un caso dijo lo siguiente:

La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus

características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio⁵.

Y más adelante en la misma sentencia sostuvo:

La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Éstos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad⁶.

En otro caso (en el que el conflicto se producía entre el derecho a la vida privada y la libertad de expresión) sostuvo:

En este contexto, la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que 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 Convención⁷.

13. En los casos planteados hasta ahora ante la Corte, empero, la decisión adoptada fue en favor de la libertad de expresión, fundándose en un razonamiento que por un lado destaca la particular importancia de dicha libertad para el funcionamiento de una sociedad democrática, y por otro reduce la importancia de la protección de la honra en el caso de los funcionarios públicos o personas públicas, siempre que se trate de temas de interés público.

Particular importancia de la libertad de expresión

14. La Corte ha destacado la particular importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática en los siguientes términos, que comparto:

En su jurisprudencia la Corte ha establecido que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas⁸.

Reducción de la importancia de la protección de la honra

⁵ *Caso Kimel Vs. Argentina, supra*, párr. 51.

⁶ *Caso Kimel Vs. Argentina, supra*, párr. 56.

⁷ *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina, supra*, párr. 50.

⁸ *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina, supra*, párrs. 44 y 45.

15. Por otro lado, la Corte – en jurisprudencia que comparto – ha señalado reiteradamente que cuando se trata de funcionarios públicos o personas públicas y las expresiones a que se refiere el caso tienen que ver con temas de interés público, se reduce la intensidad de la protección de la honra. En particular, en el caso Kimel, sostuvo:

Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado 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.

El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.

En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas⁹.

II. Aplicación de los principios generales al presente caso

16. Precisamente es la aplicación de los principios generales establecidos por la Corte en su jurisprudencia la que lleva a que, en el presente caso, la decisión sea en favor del derecho a la honra y la reputación de las personas a las que se refirieron los señores Mémoli en las expresiones en que se fundó la justicia argentina para condenarlos. Para ello se ha tenido particularmente en cuenta la circunstancia de que las autoridades judiciales argentinas analizaron minuciosamente las expresiones cuestionadas, y respecto de la mayoría de ellas llegaron a la conclusión de que no configuraban delito. En otras palabras, se consideró que dichas expresiones no constituían un ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

17. Subrayo particularmente la importancia de lo expresado en el párrafo 141 de la Sentencia (con las precisiones contenidas en las notas de pie de página 262 a 264):

[L]as expresiones de los señores Mémoli fueron examinadas en detalle por las autoridades judiciales internas al momento de establecerse la condena penal en su contra. Al examinar la necesidad de establecer sanciones penales a los señores Mémoli, tanto la primera como la segunda instancia examinaron minuciosamente las características de las expresiones de los señores Mémoli por las cuales habían sido denunciados. En este sentido, el Tribunal observa que:

(i) las condenas por injurias fueron el resultado de un análisis detallado de cada una de las intervenciones eximiéndolos de responsabilidad por expresiones consideradas

⁹ *Caso Kimel Vs. Argentina, supra*, párrs. 86 a 88.

“opiniones que no desacreditaban a los querellantes” y se les responsabilizó por expresiones, contenidas en dichas intervenciones que, en el entender de las autoridades judiciales internas, habían excedido la simple opinión o análisis de la noticia, con el propósito de desacreditar o deshonrar a uno o varios de los querellantes o, por ejemplo, constituían “una voluntaria desviación hacia el agravio”, sin ser “necesaria ni imprescindible para el reclamo efectuado”);

(ii) los tribunales internos constataron la existencia de *animus injuriandi* o dolo respecto de las expresiones por las cuales fueron condenados;

(iii) absolvieron a las presuntas víctimas por la mayoría de las intervenciones por las cuales fueron denunciados, así como por el delito de calumnias, y

(iv) al absolverlos por estas expresiones, los tribunales internos diferenciaron que algunas de estas expresiones constituían opiniones o tenían carácter potencial a efectos de eximirlos de responsabilidad penal por el delito de calumnias e injurias o constituían “relatos de hechos” o “crónicas periodísticas”.

18. Es importante destacar que después de la sentencia de primera instancia (posteriormente confirmada en apelación) que había descartado la existencia de dolo en el caso de los nichos, el señor Pablo Mémoli publicó un artículo titulado “Caso Nichos: el Juez dijo que los boletos de compraventa son de objeto imposible e inválidos”, que contenía el siguiente pasaje: “Este medio y *bajo la responsabilidad de su director* consideró al hecho como presunta defraudación *cosa que mantenemos ya que del propio expediente surgiría el dolo por las mismas pruebas aportadas por los imputados que no titubearon en ser (mendaces) y (falaces), ante la propia justicia*” (sentencia, párr. 81 y nota de pie de página 113).

19. Por otra parte, resulta claro que en el presente caso no se da ninguna de las circunstancias en que se fundó la preponderancia atribuida a la libertad de expresión en los casos anteriores:

a) *Las personas a las que se referían las expresiones incriminadas no eran funcionarios públicos ni figuras públicas.* En los casos anteriores se trataba de un diplomático que representaba a Costa Rica ante el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) (Herrera Ulloa)¹⁰, del ex Procurador General de la Nación de Panamá (Tristán Donoso)¹¹, de un candidato a la Presidencia del Paraguay (Ricardo Canese)¹², del juez que intervino en el caso del asesinato de los religiosos palotinos o masacre de San Patricio durante la dictadura argentina (Kimel)¹³ o del Presidente de la Nación Argentina (Fontevicchia y D’Amico)¹⁴.

b) *Los asuntos a que se referían las expresiones incriminadas no eran de interés público,* como sí lo eran en los casos anteriores: supuestas actividades ilícitas (Herrera Ulloa)¹⁵, revelación a terceros de una conversación telefónica privada y presunta grabación no autorizada de la conversación telefónica por parte del Procurador General de la Nación (Tristán Donoso)¹⁶, cuestionamiento de la idoneidad e integridad de un candidato a la

¹⁰ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *supra*, párr. 95.d).

¹¹ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra*, párr. 95.

¹² Cfr. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 69.1.

¹³ Cfr. *Caso Kimel Vs. Argentina*, *supra*, párr. 89.

¹⁴ Cfr. *Caso Fontevicchia y D`Amico Vs. Argentina*, *supra*, párr. 60

¹⁵ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *supra*, párr. 113.

¹⁶ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra*, párr.76.

Presidencia de la República (Ricardo Canese, que también era candidato a la Presidencia)¹⁷, no consideración por parte de un juez de elementos decisivos para la elucidación del asesinato de varios religiosos (Kimel)¹⁸ o divulgación de fotografías presuntamente probatorias de que el Presidente de la Nación tenía un hijo habido de una relación extramatrimonial como forma de llamar la atención sobre la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos y eventualmente otros favores por parte del entonces presidente en beneficio de quienes aparecían retratados en las imágenes publicadas (Fontevicchia y D'Amico)¹⁹.

c) *Se empleó un "lenguaje desmedido"*, a diferencia de lo ocurrido en los casos anteriores, en particular en el caso Kimel, en el cual la Corte dijo que "El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista²⁰". En cambio, uno u otro de los señores Mémoli, o ambos, acusaron a los querellantes como posibles autores o encubridores del delito de estafa, los calificaron como "delincuentes", "inescrupulosos", "corruptos" y dijeron que "se manej[ab]an con tretas y manganetas".

III. Conclusión

20. Por todo lo expuesto, ratifico mi plena adhesión a la sentencia y emito el presente voto razonado en el que se han destacado algunos aspectos particularmente importantes.

Alberto Pérez Pérez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

¹⁷ Cfr. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, supra*, párr. 94.

¹⁸ Cfr. *Caso Kimel Vs. Argentina, supra*, párr. 89.

¹⁹ Cfr. *Caso Fontevicchia y D`Amico Vs. Argentina, supra*, párrs. 62 a 64.

²⁰ *Caso Kimel Vs. Argentina, supra*, párr. 92.