

La libertad de expresión y sus límites

Francisca POU GIMÉNEZ*

* Profesora asociada de Derecho Constitucional, ITAM. Agradezco a Eugenio Velasco Ibarra Argüelles su magnífica asistencia en la elaboración de este artículo. La sección II y algunas partes de la sección III se apoyan en una versión previa (Pou Giménez, Francisca, "Libertad de pensamiento y expresión: dimensiones y límites. Censura previa e incriminación de ideas" en *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los derechos humanos. Recopilación de ensayos*. México, SCJN / OACNUDH, 2011), pero el presente trabajo analiza casos no abordados en esa ocasión, cambia parcialmente el enfoque y adiciona comentarios al estudio de cada caso.

SUMARIO: I. Fuentes de construcción del contenido del derecho. II. Los estándares interamericanos. III. Jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. IV. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Declaración de Principios para la Libertad de Expresión.

I. Fuentes de construcción del contenido del derecho

Las principales *fuentes textuales* de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental o humano en México son los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución"), 19 y 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana").¹ Para adentrarnos en el análisis jurídico de esta libertad, es conveniente referir brevemente las

¹ Hablamos de fuentes principales porque existen otros tratados de derechos humanos que pueden influir en el ámbito de la libertad de expresión, porque además, como veremos, existen fuentes secundarias o complementarias de fuente internacional (Declaraciones, observaciones generales de los Comités, jurisprudencia...) y porque dentro de las fuentes primarias de fuente interna habría que determinar el papel que pueden jugar las previsiones de las constituciones locales. De las 31 constituciones estatales mexicanas, 14 protegen de alguna manera la libertad de expresión. El impacto del federalismo y del constitucionalismo estatal en el ámbito de los derechos fundamentales en México es un tema infra-teorizado, que tampoco ha sido suficientemente explorado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pueden consultarse, por ejemplo: Gámiz Parral, Máximo, *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, México, IJ-UNAM, 2003; García Ricci, Diego, "La soberanía estatal, la Constitución local y la justicia constitucional en los estados de la República mexicana", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, pp. 109-138; González Blanco, Carlos, "Protección constitucional local", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Vega Hernández, Rodolfo (coords.), *Justicia constitucional local*, México, Fundap, 2003; y Martí Capitanachi, Luz del Carmen, "Las Constituciones locales en el sistema federal ¿son verdaderas Constituciones?", Serna De La Garza, José María (coord.) *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ- UNAM, 2002, pp. 645-661, pero la cuestión debe ser íntegramente reconsiderada a la luz de los contenidos del artículo 1o. de la CPEUM tras la reforma de junio del 2011.

semejanzas y diferencias que guardan estos textos y decir algo acerca de su modo de interacción dentro del bloque de normas de rango constitucional que alberga los grandes principios normativos desde los cuales debe ser construido y aplicado el resto del ordenamiento jurídico.²

El primer párrafo del artículo 6 de la CPEUM dispone que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, con excepción de cuando ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; que el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley y que el derecho a la información –cuyo pleno ejercicio la Federación, los Estados y el Distrito Federal deben garantizar conforme a las bases establecidas en los párrafos siguientes–³ será garantizado por el Estado. El artículo 7, por su parte, declara que la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia es inviolable y que ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. El artículo añade que en ningún caso se puede secuestrar la imprenta como instrumento del delito y enfatiza que:

las leyes orgánicas deben incluir las disposiciones necesarias para evitar que, so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

² La reforma de junio de 2011 incorporó al artículo 1o. de la CPEUM la previsión según la cual quedan protegidos los derechos humanos en ella contenidos y los previstos en los tratados internacionales de que México sea parte. Para referir esta conjunción de fuentes del derecho se está empezando a usar en México la noción de "bloque de la constitucionalidad". Sobre los significados de esta noción en el derecho comparado, véase por ejemplo: Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994; Favoreu, Louis, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, núm. 5, enero-marzo, pp. 45 y ss.; Bon, Pierre, "Francia", Eliseo Aja (ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 137 y ss.; Uprimny Yepes, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, 1997. Disponible en: <<http://www.dejusticia.org>> (19 de junio de 2013); Estrada Vélez, Sergio Iván, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, Medellín, Universidad de Medellín, 2006; Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio, *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

³ El derecho a la información en sus facetas específicas no será abordado en este capítulo. En un sentido, el derecho a informarse está presupuesto en el derecho a formar las propias opiniones y a difundir tanto opiniones como hechos; en esta dimensión su relación con la libre expresión es clara y será naturalmente cubierto por nuestro análisis. Hay sin embargo una vertiente del derecho a la información que es más abiertamente prestacional, en tanto garantiza a los ciudadanos que tendrán a su disposición información, dentro de ciertos estándares de calidad y cantidad. Por ello se dice que es un derecho de doble vía, tanto a informarse como a ser informado, lo cual pone en cabeza del Estado una serie de obligaciones: regular la conducta de los poderes privados con el objetivo de que no "desinformen", regular y hasta subvencionar los medios de comunicación para garantizar la existencia de información plural y suficiente, etcétera. El Estado tiene también obligaciones específicas respecto de la información que está en sus manos (información pública gubernamental), algunas de las cuales están explícitas ahora en los párrafos segundo y siguientes del artículo 6 constitucional.

Algunas de las diferencias entre los dos preceptos parecen claras: el artículo 6 se refiere sólo a las "ideas" mientras que el 7 parece tener una vocación más amplia al referirse a la publicación de escritos sobre "cualquier materia"; el artículo 6, sin embargo, cubre la manifestación de ideas por cualquier medio expresivo mientras que el 7 se refiere a los medios escritos; el artículo 6 dirige prohibiciones a las autoridades judiciales y administrativas mientras que el 7 abarca más al referir lo que no puede hacer "ninguna ley ni autoridad" (en general); el artículo 6 se refiere al derecho de réplica y el artículo 7 no. Algunas de las semejanzas también son evidentes, en particular la referencia en ambos casos a una serie de conceptos generales que se identifican como base sustentante de posibles límites al derecho: derechos de tercero, provocación de un delito, perturbación del orden público, vida privada, moral, paz pública. En general, el artículo 7 puede tomarse como una proyección específica de la formulación general del artículo 6, que viene a subrayar una de sus instancias históricamente centrales: la libertad de expresión por medio impreso –la libertad de imprenta–;⁴ su formulación terminológica conversa con realidades que el ejercicio de la libertad de imprenta hacía relevantes en un momento histórico ya pasado, pero no por ello deja de transmitir exitosamente un énfasis que debe seguir considerándose central para la comprensión del derecho: el carácter absolutamente excepcional que deben tener las restricciones al derecho a expresarse y –como atestigua el esfuerzo ejemplificativo desarrollado en el segundo párrafo del artículo– la proscripción de tipos de acción gubernamental orientadas a entorpecer su ejercicio por vías indirectas.

Afortunadamente no es necesario embarcarse en una operación interpretativa compleja encaminada a explorar la posible relevancia práctica de las anteriores diferencias y semejanzas porque las fuentes textuales de la libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos son mucho más tersas y abarcativas. Ello permite tomarlas como referencia

⁴ La libertad de imprenta tiene una presencia muy distintiva en el constitucionalismo histórico, lo cual puede explicar su permanencia –fundamentalmente redundante, dado el tenor general del artículo 6o. y las previsiones de los tratados– en el texto constitucional actual. Las constituciones liberales del siglo XIX fueron escritas con la idea de que su contenido propio era establecer la organización del Estado, no listar derechos, aunque estos fueran "previos" y definieran el sentido básico de la empresa constitucional desde la base filosófica contractualista. Por decirlo en términos contemporáneos, esas constituciones tenían "partes orgánicas" extensísimas y "partes dogmáticas" exiguas. Con todo, la libertad de imprenta es una de las previsiones invariablemente incluidas en las segundas, desde los textos más antiguos. Así, la Constitución de Cádiz contenía pocas (aunque innovadoras e importantes) referencias directas a los derechos, y entre ellas está la libertad de imprenta: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior previa a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes" (art. 371). La Constitución de Apatzingán, con una parte dogmática algo más extensa, la consagraba en el artículo 40: "por consiguiente, la libertad de hablar, de discurrir y de publicar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos". La Constitución de 1824, íntegramente centrada en la organización de los poderes del Estado, incluía al listar en su artículo 50 las facultades exclusivas del Congreso la de "3. Proteger y arreglar la libertad política de imprenta, de modo que jamás se pueda suspender su ejercicio, y mucho menos abolirse en ninguno de los estados ni territorios de la federación".

básica en el contexto de una Constitución que les confiere su misma fuerza normativa y que explícitamente dispone que la construcción de los derechos debe tratar de alcanzar la versión más robusta posible de ellos.⁵ Una lectura conjunta, *pro-persona*, del texto constitucional y del PIDCP⁶ y la CADH⁷ nos permite agrupar sus contenidos en unos pocos rubros, que resumen disposiciones total o parcialmente superpuestas:

- a) Protección *muy amplia* (contenido y forma): se declara protegida la libertad de expresión como derecho que incluye la más amplia libertad de pensar y de transmitir todo tipo de ideas (mensajes expresivos, opiniones, juicios de valor) e informaciones (sobre ideas o sobre hechos) por cualquier medio que lo permita. (19 PIDCP, 13 CADH, 6 CPEUM).
- b) Dos reglas específicas sobre *contenidos no protegidos*: no puede en ningún caso considerarse protegida la propaganda en favor de la guerra, la apología del odio nacional,

⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, reforma publicada el 10 de junio de 2011, art. 1, párr. segundo.

⁶ El artículo 19 del PIDCP dispone lo siguiente: "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". El artículo 20, por su parte, dispone lo siguiente: "1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976

⁷ Artículo 13 de la CADH (Libertad de Pensamiento y Expresión) dispone: "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. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". El artículo 14 (Derecho de Rectificación o Respuesta) establece: "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial". OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (20 PIDCP) o incitación a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional" (13 CADH).

- c) Protección *muy enérgica*: se destaca el carácter de excepción que deben tener los límites a esta libertad (6 y 7 CPEUM), la obligación de que estén fijados por una ley (19 PIDCP y 13 CADH) y que guarden una relación de "necesidad" (en contraste con estándares más laxos, como la conveniencia, o la relación racional) con los objetivos que podrían invocarse como bases para la limitación del derecho. Se subraya además que no pueden establecerse límites por medios indirectos (13 CADH y 7 CPEUM).
- d) *Lista cerrada* de motivos que pueden invocarse para establecer *limitaciones al derecho*: respeto a los derechos de los demás (con mención especial a la reputación y a la vida privada), seguridad nacional, orden público o salud o moral pública (19 PIDCP, 13 CADH, 6 y 7 CPEUM).
- e) Regla específica sobre *tipos de regulación del derecho no admisibles*: la libertad de expresión no puede ser objeto de controles previos; la infracción de límites legítimos a la misma sólo puede generar responsabilidades ulteriores, esto es, posteriores al acto de expresión (7 CPEUM y 13 CADH). La proscripción de la censura previa no está en el PIDCP pero sí en la CPEUM (para el caso de la libertad de imprenta) y en la CADH (exceptuado el acceso a los espectáculos públicos, que pueden ser sometidos a control previo para fines de protección moral de la infancia y la adolescencia) y, al ser una determinación más protectora del derecho, debe ser la que cuente desde una perspectiva *pro-persona*.
- f) Obligación de incluir en la regulación estatal relativa a la libre expresión el *derecho de réplica o rectificación* (6 CPEUM y 14 CADH). El derecho de réplica es el derecho de las personas que se sienten afectadas por la publicación en un medio de comunicación de una información que consideran incorrecta a solicitar su corrección en ese mismo medio. Puede interpretarse como un mecanismo que facilita la armonización del ejercicio del derecho a la libre expresión con otros derechos y bienes y como el medio menos invasivo para corregir eventuales extralimitaciones en su ejercicio.⁸

⁸ Aunque se han presentado varias iniciativas en las cámaras, en México todavía no hay ley reguladora del derecho de réplica, ni a nivel federal ni a nivel estatal o del Distrito Federal.

No parece haber complejidades graves, entonces, en el juego intra-constitucional de normas cuando de la consagración nuclear de la libertad de expresión se trata: los significados son fundamentalmente coincidentes y claros. Ciudadanos y operadores jurídicos tienen que saber, sin embargo, que hay otros contenidos en la Constitución mexicana y en los tratados que será necesario considerar junto a los anteriores cuando nos interroguemos por la sustancia y los contornos de la libertad de expresión en los casos concretos. Por dar algunos ejemplos, las disposiciones constitucionales sobre inviolabilidad parlamentaria (61 CPEUM), financiación de los partidos políticos y control de las campañas (41 CPEUM), los "derechos [fundamentales] de los demás" a que los artículos citados en las páginas anteriores hacen referencia, las disposiciones sobre la actividad política de las personas extranjeras (33 CPEUM), los actos de culto público celebrados fuera de los templos (24 CPEUM) o las restricciones a los ministros de culto (130 CPEUM), entre otras, pueden jugar un papel relevante dentro del abanico de normas que harán parte de la premisa normativa relevante en muchos casos concretos.

Además, existen fuentes textuales secundarias cuyo contenido debe ser cuidadosamente revisado: la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000 y la Observación General No. 34 adoptada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 2011 (que reemplazó la Observación General No. 10 adoptada en 1983), con criterios interpretativos importantes sobre el contenido del artículo 19 del PIDCP.

La revisión de las bases textuales de un derecho fundamental –aunque sea imprescindible y deba presidir toda operación orientada a explorar su significación e implicaciones– no informa por sí misma, sin embargo, de su "vida" real o esperada. Como se ha dicho, en ninguna área del derecho constitucional es la aproximación estrechamente "positivista"-literalista más estéril que en la de los derechos fundamentales.⁹ "Los derechos fundamentales", destaca en la misma línea Luis María Díez-Picazo "son una rama del ordenamiento de elaboración esencialmente jurisprudencial";¹⁰ los textos son meros puntos de partida y son las *fuentes jurisprudenciales* las que proporcionan "el cuadro normativo acabado".¹¹ Como advierte este autor, sin embargo, la identificación de normas jurisprudenciales relevantes exige la revisión de una habitualmente ingente cantidad de sentencias y obliga al intérprete a intentar "navegar cuidadosamente por un estrecho canal: entre la Escila de sucumbir a las generalizaciones excesivas y el Caribdis de perderse en multitud de detalles anecdóticos".¹²

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2a. edición, Madrid, Trotta, 1997, p. 76.

¹⁰ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 25.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Esta fundada advertencia explica el enfoque que preside el resto de este estudio. La necesidad de destacar grandes líneas por encima del mar del casuismo será atendida al tiempo que se hace la cobertura de uno de los dos grandes cuerpos jurisprudenciales relevantes: la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH). Ciudadanos y juristas necesitan acercarse a los casos que involucran libertad de expresión con la ayuda de un conjunto de estándares generales que dibujen una imagen general del derecho, y es especialmente adecuado destilarlos sobre la base del cuerpo decisorio interamericano porque –como veremos– los propios órganos del sistema han hecho ya una labor muy valiosa en ese plano y porque estos estándares recogen un mínimo obligatorio al cual todos los Estados parte de la Convención, en términos de su artículo 2, deben adecuar su ordenamiento interno.¹³

Pero es necesario suplementar el acercamiento a la libertad de expresión basado en la identificación de estándares abstractos. El alcance de las reglas aplicables a un caso debe derivar de un examen de tales formulaciones a la luz de los casos de que derivaron y de los nuevos que se van enfrentando. Los derechos –normas con estructura de "principio"– son mandatos de optimización que marcan cursos de acción *prima facie*, y la solución normativa final en un caso exigirá optimizar las posibilidades fácticas y normativas existentes, marcadas en parte por la necesidad de atender principios que juegan en sentido opuesto.¹⁴ En México, la transmisión de criterios jurisprudenciales sobre la base de "tesis" y la persistencia de una cultura jurídica desatenta a los hechos no facilita el avance hacia una práctica constitucional consecuente con esa manera de operar del "derecho de los derechos" y más satisfactoria en términos de su garantía.¹⁵ Pero los jueces tienen que saber que la emisión de una decisión correcta en materia de libertad de expresión no pasa por citar diez casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") o por invocar abstractamente el "test tripartito", sino por entender que comprometerse con su garantía –por citar ejemplos vistos en el SIDH– impide condenar por calumnia al autor de un libro que critica la actuación de las autoridades en la investigación de varios homicidios (*Eduardo Kimel*) o llamar difamador a un candidato electoral por haber cuestionado la idoneidad de su contrincante

¹³ Aunque como hemos señalado, las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos son más que las que emanan de la Corte y la Comisión interamericanas, estas últimas son especialmente relevantes porque se insertan en un sistema institucionalmente más exigente o intenso, en comparación con el sistema general, en cuyo contexto además la libertad de expresión tiene una protección comparativamente reforzada, lo cual la convierte en la referencia primera desde una perspectiva *pro-persona* que privilegia las normas que otorgan mayor cobertura.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad" en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

¹⁵ Tomo la expresión entrecorrida del título del libro de Bernal Pulido, Carlos, *El derecho...*, *op. cit.*

(Ricardo Canese), o que obliga a las autoridades a omitir pronunciamientos que puedan colocar a medios y periodistas en condiciones de vulnerabilidad real y a protegerlos de situaciones de riesgo provocadas por particulares (Perozo).¹⁶ La emisión de una decisión bien justificada en materia de libertad de expresión pasa, en todos los casos, por evaluar cuidadosamente los hechos y pensar qué implicaciones tiene proyectar sobre ellos uno u otro estándar. Para ello es imprescindible enfocar detalles e interiorizar ejemplos y en el contexto de este trabajo sugeriremos el tipo de ejercicio que va implicado en ello describiendo con algún detalle siete casos de referencia resueltos en los pasados años por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN). Todos ellos abordan facetas centrales del derecho que nos ocupa y son poderosamente informativos respecto de sus dimensiones, contenidos y límites.

Cuatro rápidas *observaciones* finales resultan necesarias. La primera es que abordar los criterios de la justicia constitucional mexicana sobre la libertad de expresión exigiría abordar, claro está, además de los de la SCJN, los emitidos por jueces de distrito, tribunales unitarios y colegiados, tribunales electorales (estatales, federales o del Distrito Federal) y tribunales del fuero común –quienes, tras la transformación del modelo de justicia constitucional en los términos especificados por la SCJN en el *Varios 912/2010* se incorporan al cuerpo decisorio relevante–.¹⁷ En una estructura judicial altamente jerárquica, sin embargo, en cuyo contexto la SCJN emite criterios que inmediatamente determinan los contornos del cuerpo jurídico vinculante, analizar con cuidado sus sentencias es más importante que hacer un inventario exhaustivo de lo que la totalidad de los jueces de constitucionalidad han dicho –más si, como he destacado antes al referirme al juego de los principios en un Estado constitucional, se entiende bien el tipo de orientación (nunca predeterminación) que la resolución de casos pasados ofrece para la resolución de los futuros–.

La segunda es que hay sentencias de la SCJN que, teniendo que ver con libre expresión, quedarán fuera, en particular las referidas a normas electorales –a los que habría que añadir

¹⁶ En relación con este punto vale la pena recordar que, como han documentado con profundidad los Relatores Especiales en la materia (tanto de la ONU como de la CIDH), la situación de los periodistas en México es una de las más graves del mundo. Véase CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010* de 7 de marzo de 2011. OEA/Ser.L/V/II Doc. 5. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=229>> (19 de junio de 2013). Esta situación ha impulsado en el Congreso mexicano la discusión de reformas al artículo 73 CPEUM para federalizar la persecución de delitos que se cometen contra ellos.

¹⁷ Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183. Para una magnífica descripción del cambio de modelo, tanto en términos de control de convencionalidad como de constitucionalidad, véase Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ- UNAM, 2011.

los muchos casos de libertad de expresión que en México resuelve la justicia electoral—,¹⁸ los relativos a infraestructuras de comunicación¹⁹ y algunos pocos relacionados con temas similares a los abordados en las resoluciones que sí comentaremos detenidamente.²⁰

La tercera es que existe un abanico amplio de cuestiones que hacen parte ordinaria del litigio contemporáneo en materia de libre expresión y que no han sido objeto todavía de una judicialización significativa en México. Son innumerables las dimensiones del derecho y los casos paradigmáticos de conflictos cuya existencia conocemos por la experiencia comparada, en estrecha conexión con un cuerpo de reflexión académica (histórica y contemporánea) casi inabarcable —en este punto casi podríamos hablar de *fuentes doctrinales* del derecho—.²¹

¹⁸ En la medida que el diseño, administración y uso del sistema electoral determinan las condiciones de ejercicio de los derechos políticos, la libertad de expresión incluida, es siempre relevante examinar las decisiones en ese ámbito desde la perspectiva de la segunda. Lo distintivo de México es la extensión y densidad de lo electoral, administrado por una red extensísima de organismos (IFE y sus homólogos en los Estados y el D.F.) y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (y sus salas y los tribunales homólogos de los Estados y del D.F.), que emiten resoluciones todo el tiempo, no sólo cuando hay elecciones. Desde hace un tiempo, además, el artículo 41 CPEUM establece en su apartado C que "en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigran las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas" (a parte de una prohibición de emisión de propaganda gubernamental durante las campañas), añadiendo el apartado D que su contravención será sancionada por el IFE mediante procesos expeditos que pueden incluir la cancelación de las transmisiones. Claramente las decisiones de las instituciones electorales en aplicación de ellas son importantes decisiones sobre la libertad de expresión. En referencia a ello, véase, por ejemplo, Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro (coords.), *La democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*. México, IJ-UNAM, 2009.

¹⁹ Con seguridad la más conocida es la Ejecutoria: P/J. 46/2007 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006. SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, p. 1623. Reg. IUS. 20382 (un análisis de ella en Zambrana Castañeda, Andrea, "Libertad de pensamiento y expresión: monopolios de medios de comunicación (Análisis de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006)" *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos. Recopilación de Ensayos*, México, SCJN-OACNUDH, 2011, pp. 385-403).

²⁰ Por ejemplo, el Amparo Directo 1/2010. Sentencia definitiva 8 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115002>> (19 de junio de 2013); Amparo Directo en Revisión 1057/2010. Sentencia Definitiva 10 de agosto de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117945>> (19 de junio de 2013); Amparo Directo en Revisión 17/2011. Sentencia Definitiva 18 de mayo de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123732>> (19 de junio de 2013).

²¹ Destacar algunas referencias bibliográficas entre las decenas y decenas que deberían anotarse en un campo como el que nos ocupa será por necesidad un ejercicio simplista, más si no distingue por área geográfica, momento histórico y temática específica. Con todos estos descargos, recomendamos consultar: Alexander, Larry, *Is There a Right of Freedom of Expression? [Existe un derecho a la libertad de expresión?]*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005; Barendt, Eric, *Freedom of Speech [Libertad de Expresión]*, Nueva York, 2a. edición, Oxford University Press, 2005; Bollinger, Lee C. y Stone, Geoffrey R., *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era [Eterno vigilante: Libertad de Expresión en la era moderna]*. Chicago, Chicago University Press, 2002; Botero, Catalina, *et. al., Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá, Legis, 2006; Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. [Ley de Libertades. La lectura moral de la Constitución Americana]*. Cambridge, Harvard University Press, 1997; Eberle, Edward J., *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States [Dignidad y Libertad: Visiones constitucionales en Alemania y los Estados Unidos de América]*. Westport, Praeger, 2002; Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997; Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999; Fiss, Owen, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010; Lichtenberg, Judith, "Foundations and Limits of Freedom of the Press" [Fundación y límites de la libertad de expresión], Lichtenberg, Judith (ed.) *Democracy in the Mass Media* Democracia y Medios de Comunicación], Cambridge, Cambridge University Press, 1990; Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* [Libertad de Expresión y su relación con el autogobierno],

La exploración del impacto de la libre expresión en la administración de justicia (acceso a información de sumario, relación entre los "juicios paralelos" en la prensa y la presunción de inocencia), el ejercicio de la libertad de expresión frente a empleadores privados (escuelas confesionales, estructuras gubernamentales), la libertad de expresión en internet, las relaciones entre libre expresión y propiedad intelectual, el alcance de las garantías profesionales de los periodistas (reserva de fuentes, cláusula de conciencia), el impacto expresivo de la infiltración masiva del dinero en las campañas políticas, el estatus de los discursos "negacionistas" o de los discursos de odio; la relación entre libre expresión y libertad artística, la investigación científica o la publicidad comercial, la relación entre la libre expresión y pluralidad lingüística o el régimen de los secretos oficiales, entre muchos otros –y por no hablar de la dimensión metodológica de la justicia constitucional en esta materia, que contrasta modos de adjudicación "definicionales" con los basados en el principio de proporcionalidad²² son temas no abordados por las decisiones que serán exploradas en este trabajo.

La cuarta es, finalmente, que no hay que ser acrílicos frente a las fuentes jurisprudenciales que veremos a continuación. Con todo y la importancia de lo dicho por los máximos jueces de constitucionalidad y convencionalidad, en una democracia constitucional son sólo un participante en una práctica institucional y ciudadana más amplia. Pensemos, por ejemplo, en la inmensa influencia que la reconstrucción de las bases filosóficas de justificación de la libertad de expresión ha tenido en su operatividad práctica –su relación con la idea de autogobierno colectivo, con las fuentes de la identidad personal, etcétera–; la exploración de sus implicaciones cotidianas, fuente constante de renovación en la práctica constitucional, debe ser el resultado de la participación de muchos actores.

II. Los estándares interamericanos

La Corte Interamericana ha emitido más de quince sentencias de referencia en materia de libertad de expresión. Las más relevantes desde una perspectiva interesada en conocer las

Nueva York, Harper Brothers, 1948; MacKinnon, Catharine A., *Only Words* [Solo palabras], London, Harper Collins, 1995; Mill, John Stuart, "Of the Liberty of Thought and Discussion" [De la libertad de pensamiento y discusión], *On Liberty and Other Essays* [Sobre la libertad y otros ensayos]. Oxford, Oxford University Press, 1991; Moon, Richard, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* [La protección constitucional de la libertad de expresión], Toronto, Toronto University Press, 2002; Pech, Laurent, *La Liberté d'Expression et sa Limitation* [La libertad de expresión y sus limitaciones], Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Clermont-Ferrand, 2003; Post, Robert C., "The Constitutional Status of Commercial Speech" [El estatus constitucional de la publicidad], *The University of California Law Review*, California, núm. 48, págs. 1 y ss.; Salvador Coderch, Pablo, *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Español, 1993; Schauer, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* [Libertad de Expresión: Una Pregunta Filosófica], Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

²² Véanse, por ejemplo, subrayando este punto, este tema: Errera, Roger, "Freedom of speech in Europe" [Libertad de Expresión en Europa], Nolte, George (ed.), *European and US Constitutionalism* [Constitucionalismo Europeo y Norteamericano], Nueva York, Cambridge University Press, 2005; Schauer, Frederick, "Freedom of expression in Europe and the US: a case study in comparative constitutional architecture" [Libertad de Expresión en Europa y Estados Unidos de América: Un caso de estudio en la arquitectura constitucional], Nolte, George (ed.), *European and US Constitutionalism* [Constitucionalismo Europeo y Norteamericano]. Nueva York, Cambridge University Press, 2005.

implicaciones básicas de comprometerse con la difusión desinhibida de conocimiento y pensamiento son, quizá, las dictadas en los casos *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, *Eduardo Kimel Vs. Argentina*, *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, *Olmedo Bustos y otros Vs. Chile* ("La última Tentación de Cristo"), *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, *Tristán Donoso Vs. Panamá*, *Palamara Iribarne Vs. Chile*, *Perozo y otros Vs. Venezuela*, *Ríos y otros Vs. Venezuela*, *Usón Ramírez Vs. Venezuela* y, recientemente, *Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina*.²³ A ellas hay que añadir, sin duda, la Opinión Consultiva OC-5/85 (*La colegiación obligatoria de periodistas*)²⁴ y el Capítulo V del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) del año 1994 (Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos).

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante RELE), en el contexto institucional de la CIDH, ha elaborado una compilación de estándares, exhaustiva, clara y bien estructurada que sintetiza los criterios y contenidos de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en la materia y, cuando es pertinente, los emanados de los informes de la CIDH.²⁵ Damos cuenta a continuación de sus principales puntos de enfoque.

La RELE ha destacado, en primer lugar, la frecuencia con que los órganos del sistema interamericano han subrayado la centralidad que tiene la libertad de expresión en el continente, al cumplir este derecho una valiosísima *triple función*: a) en primer lugar, es un medio básico de autodefinición, imprescindible para poder construir, con los demás, el modelo de vida que uno quiere seguir y el modelo de sociedad en la que uno quiere vivir; b) en segundo lugar, guarda una relación estructural con el funcionamiento del sistema democrático, en

²³ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151; Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193; Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194; Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

²⁴ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

²⁵ La compilación está en el Capítulo III de los Informes del 2008 y del 2009. En lo que sigue los sintetizo en la versión que aparece en el Informe del 2009. En el año 2010, la Relatoría publicó la obra *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* como un compendio sistematizado y actualizado de la jurisprudencia interamericana sobre el contenido y los alcances de este derecho, tal y como apareció en los informes antes mencionados.

tanto una ciudadanía libre e informada es imprescindible para deliberar y votar sobre los asuntos que nos conciernen a todos, y su garantía reforzada es necesaria para que exista un control efectivo de la gestión pública y la conducta de los funcionarios; finalmente c) es un ingrediente necesario para el adecuado ejercicio de otros derechos fundamentales (participación, libertad religiosa, educación, igualdad en el goce de derechos básicos, etcétera).²⁶

La jurisprudencia interamericana ha perfilado también las características básicas de este derecho en lo que atañe a su titularidad, tipos de discursos protegidos o especialmente protegidos, deberes y responsabilidades y, sobre todo, ha desarrollado una sólida teoría acerca de las estrictas condiciones que los límites al derecho deben satisfacer para resultar compatibles con la CADH. Todo ello se ha ido desarrollando y concretando al hilo de la resolución de casos protagonizados por Estados que habían incurrido en cursos de acción limitadores (por vía directa o indirecta) del derecho, o los habían tolerado.

Respecto a la *titularidad* del derecho, los órganos del sistema han subrayado que se trata de un derecho que tienen todas las personas –y no sólo, por ejemplo, un determinado grupo profesional– y que además ampara tanto al sujeto activo de la comunicación como al pasivo, puesto que incluye tanto la posibilidad de comunicar las ideas y datos como el derecho a recibir y conocer las ideas e informaciones que transmitan los demás. Es por ello que se hace hincapié en la doble dimensión –individual y colectiva– de la libertad de expresión, en tanto se trata de una libertad cuyas instancias de ejercicio tienen siempre una dimensión y una repercusión simultáneamente individual y colectiva.²⁷ Los operadores jurídicos tienen que saber que esto es esencial: al resolver un caso hay que tomar en consideración que lo que se determine en él tiene una repercusión en las condiciones de disfrute colectivo de esta libertad especialmente fuerte e inmediata.

En cuanto al tipo de expresión que cae definicionalmente dentro del ámbito protegido, y de conformidad con las amplias previsiones del artículo 13 de la CADH respecto de las *formas de expresión*, la jurisprudencia del sistema clarifica que se trata de expresión por cualquier medio posible de difusión. Las sentencias de la Corte IDH y los informes de la CIDH han tenido oportunidad de referirse específicamente al derecho a hablar y a hacerlo en la lengua que uno elija; el derecho a escribir; el derecho a difundir lo que uno piensa o escribe –lo cual obliga al Estado a garantizar esa posibilidad evitando la prohibición o regulación desmedida de los medios de difusión que los particulares pueden tener a bien escoger–; el derecho a la

²⁶ CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III*. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser. L/V/II/Doc. 51, párrs. 6-10.

²⁷ *Ibid.*, párrs. 11-17.

expresión artística y simbólica y el derecho a acceder a la misma; el derecho a buscar y recibir información, en particular la que está en poder del Estado; el derecho a acceder a las informaciones sobre uno mismo contenida en bases de datos públicas o privadas y el derecho a poseer información, transportarla y distribuirla.²⁸

Si la protección por razones de forma expresiva es amplia, también lo es cuando tomamos en consideración el *contenido expresivo*. Sobre la base de que, en principio, todo tipo de discurso goza de protección –incluido el que es chocante, ofensivo o perturbador– la jurisprudencia ha enfatizado que existen tipos de expresión merecedores de una *protección especial o reforzada* –a raíz de eso a veces se habla de la existencia de un "sistema dual" de protección–. El primero es el discurso político y sobre cuestiones de interés público y el segundo es el discurso referido a funcionarios en ejercicio de sus funciones, candidatos a puestos públicos y en general, al Estado o sus instituciones. Es claro que la necesidad de calificar de especialmente protegida la difusión de informaciones y pensamientos relacionados con estos temas guarda una conexión directa con la segunda de las funciones del derecho antes identificada: la función estructural de la libertad de expresión en un sistema democrático –su carácter de ingrediente imprescindible para el mantenimiento de una ciudadanía informada capaz de deliberar activa y abiertamente sobre los asuntos de interés público, en el contexto de sociedades donde existan los medios para evaluar y controlar el desempeño de los gobernantes–.²⁹ Al resolver casos en los que las autoridades señalaban la existencia de derechos o intereses estatales supuestamente justificadores de la restricción o eliminación de conductas críticas con el Estado o estimadas invasivas por parte de otros ciudadanos, la Corte IDH y la CIDH han insistido en lo esencial de garantizar la circulación desinhibida de mensajes sobre cuestiones políticas y de interés público, y el modo en que la dimensión o funcionalidad colectiva de la libertad de expresión tiene que pesar en la evaluación de los conflictos de derechos entre las partes.³⁰

El tercer tipo de discurso especialmente protegido es el relacionado con la expresión de aspectos que las personas asocian con su identidad y con la dignidad personal, lo cual hace objeto de especial consideración, por ejemplo, el derecho de los miembros de una etnia a expresarse en su lengua propia, el discurso relacionado con la libertad de conciencia y religión, la identidad de género y la orientación sexual de las personas.³¹ Sobra decir que la protección del discurso relacionado con la expresión de la identidad cultural y lingüística es especial-

²⁸ *Ibid.*, párrs. 20-30.

²⁹ *Ibid.*, párrs. 31-53.

³⁰ Como destaca la RELE, en todos los casos en los que la Corte IDH ha examinado conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor o reputación de las personas que ocupan cargos públicos ha encontrado a la primera digna de prevalecer (*ibid.*, párr. 119).

³¹ *Ibid.*, párrs. 54-57.

mente relevante en un país cuya constitución contiene previsiones como las incorporadas al artículo 2 CPEUM.

En contraste –tal y como destaca la compilación de la RELE sobre la base de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 13 de la CADH y en otros convenios regionales e internacionales de derechos humanos– deben dejarse *fuera del ámbito de protección* del derecho la propaganda de guerra o la apología del odio que constituya una incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil.³²

Especialmente importante es describir los trazos básicos de la teoría de los *límites* a la libertad de expresión en el contexto del SIDH. Resumidamente, la jurisprudencia del SIDH condiciona la legitimidad de las limitaciones al cumplimiento de un *test tripartito* enmarcado en una regla general. La regla general, extraída de los artículos 13 y 30 de la CADH, estipula que cualquier restricción a la libertad de expresión debe incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática, esto es, debe juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas.³³ Esta exigencia general se traduce en la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la lupa de un *test* –derivado de las previsiones del artículo 13.2 CADH– integrado por los siguientes tres requisitos:³⁴

- a) Las limitaciones deben constar en *normas de rango legal, redactadas de manera clara y precisa*.

Ello implica que la ley debe establecer de forma diáfana y precisa por qué motivos las personas pueden eventualmente incurrir en responsabilidad por la expresión de opiniones o hechos, de modo que la gente tenga plena seguridad jurídica al respecto. Las normas vagas o ambiguas disuaden por un lado a las personas, que pueden tener miedo a ser sancionadas, y otorgan, por el otro, facultades discrecionales a las autoridades demasiado amplias. Cuando las normas involucradas son penales, la Corte IDH ha señalado que deben cumplirse del modo más estricto posible las exigencias del principio de legalidad penal y ha declarado, por ejemplo, la incompatibilidad con la CADH de un delito de injurias que no especificaba los elementos que constituían la conducta típica, ni si era relevante que el sujeto imputara hechos atentatorios del honor o si bastaba una opinión ofensiva o menospreciante, o si era necesario que existiera un dolo específico, todo lo cual creaba demasiadas dudas y abría irrazonablemente el campo de arbitrio de la autoridad.³⁵

³² *Ibid.*, párrs. 58-61.

³³ *Ibid.*, párr. 67.

³⁴ *Ibid.*, párrs. 63-90.

³⁵ *Ibid.*, párrs. 73-74.

- b) Las limitaciones deben estar orientadas a alcanzar *objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

De conformidad con el artículo 13.2 de la CADH estos objetivos son "el respeto a los derechos o la reputación de los demás" y la "protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Sin embargo, la Corte IDH ha enfatizado que los Estados no pueden interpretar de cualquier modo estas expresiones y ha dado lineamientos al respecto. La Corte Interamericana ha dicho, por ejemplo, que la noción de "orden público" debe ser interpretada de una forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el pluralismo y la necesidad de preservar el objeto y fin del tratado. Además, la apelación al orden público no puede dar cobertura a conjeturas: los supuestos ataques al mismo deben relacionarse con causas reales y verificables, que representen una amenaza cierta de perturbación grave de la dinámica democrática. En lo que atañe a la causal relacionada con "los derechos de los demás", la Corte Interamericana ha exigido que los derechos a que se apela estén claramente lesionados o amenazados (extremo que debe ser probado por quien desea limitarlos) y que se apliquen con pulcritud los criterios de armonización contenidos en el test tripartito que estamos describiendo, con particular atención a los requisitos de necesidad y proporcionalidad a que nos referiremos de inmediato.³⁶

- c) Las limitaciones deben ser *idóneas y necesarias* en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se persiguen y *estrictamente proporcionadas* a la finalidad buscada.

La necesidad de que sean *idóneas* exige el uso de medidas efectivamente conducentes al objetivo imperioso que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión y el requisito de que sean *necesarias* exige revisar que no existan medios menos restrictivos que permitan alcanzarlo (no es suficiente que una medida sea útil, razonable o oportuna). Finalmente, la *estricta proporcionalidad* de las medidas limitadoras exige evaluar si el sacrificio de la libertad de expresión que conlleva una medida es desmedido cuando se ponderan las ventajas que se obtienen mediante ella.³⁷ Se trata de la conocida necesidad de evaluar los grados de afectación a los distintos derechos, su posición normativa abstracta y la ponderación en el caso de sus respectivas exigencias normativas.

La jurisprudencia de la Corte IDH provee muchas guías concretas acerca de la posición respectiva de ciertos derechos y acerca de medios más y menos restrictivos de limitación de la

³⁶ *Ibid.*, párrs. 77-83.

³⁷ *Ibid.*, párrs. 85-90.

libre expresión. Así, y en congruencia con su postura acerca de los discursos especialmente protegidos, ha destacado que el derecho a la reputación de los funcionarios públicos raramente tiene el peso suficiente para justificar restricciones al derecho del artículo 13 de la CADH porque se trata de personas que asumieron voluntariamente una posición que lleva implícita la recepción de críticas, y porque esa posición les provee, ordinariamente, los medios necesarios para reaccionar y dar explicaciones sobre hechos que los involucren.³⁸ Esta atribución de un umbral *prima facie* menor de protección de la reputación no depende, ha apuntado la Corte Interamericana, de la calidad del sujeto sino del interés público de las actividades que realiza y la necesidad de asegurar un debate desinhibido sobre los asuntos públicos.³⁹ También ha destacado que otorgar una protección "automática" al Estado o sus instituciones vulnera el artículo 13 de la CADH.⁴⁰

Además, la Corte IDH ha apuntado que la vía menos restrictiva en todos los casos es acudir al *derecho de rectificación* (también llamado derecho de respuesta o de réplica) previsto en el artículo 14 de la CADH. Sólo si la misma es insuficiente y se acredita la existencia de un daño grave derivado de cursos de acción con intención de dañar o grave desprecio por la verdad puede decretarse *responsabilidad civil*. Esta última, en cualquier caso, no puede acarrear sanciones de tal proporción que sean inhibitorias; las sanciones deben tener una finalidad reparadora –no sancionadora– y deben reposar en un correcto entendimiento de temas como el tratamiento de la veracidad informativa, la necesidad de que la expresión cuestionada supere el estándar de la "real malicia" (intención de hacer daño o evidente desprecio por la verdad), el adecuado reparto de las cargas de la prueba en los procesos, etcétera.⁴¹ La posición respecto de los mecanismos de exigencia de *responsabilidad penal* es, esperablemente, muy restrictiva. La Corte IDH no la ha descartado *in toto* –esto es, no ha declarado contraria a la CADH la adopción de cualquier tipo de medida penal– pero en todos los casos abordados la ha declarado un mecanismo incapaz de superar el test tripartito.⁴² En cuanto a la CIDH y por lo que concierne, en específico, al discurso sobre funcionarios públicos o asuntos de interés público, su posición es taxativa: la utilización de mecanismos penales vulnera en sí misma el artículo 13 CADH.⁴³

³⁸ *Ibid.*, párrs. 103-106.

³⁹ *Ibid.*, 106.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 107.

⁴¹ *Ibid.*, párrs. 80, 110-111.

⁴² *Ibid.*, párrs. 112-114, 117 y ss.

⁴³ *Ibid.*, párr. 115 y 135 y ss. Además, véase: CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 17 febrero 1995. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev.

La jurisprudencia interamericana ha señalado que *otros tipos de limitación incumplen, categorialmente, las condiciones del test tripartito*, y por lo tanto son contrarias al artículo 13 CADH. Así, se ha destacado que las limitaciones no pueden constituir censura previa, ni ser discriminatorias o tener efectos discriminatorios, ni venir impuestas por medios indirectos, y deben tener carácter excepcional.⁴⁴

La prohibición de *censura previa* es una regla de esencial relevancia para entender a cabalidad la lógica normativa que debe presidir la evaluación de las normas o actuaciones que inciden sobre la libertad de expresión. Salvo por la angosta excepción prevista en el artículo 13.4 CADH (control del acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia) las medidas de control sobre esta libertad deben venir siempre en forma de exigencia de responsabilidades *posteriores* a quien la haya ejercido de un modo abusivo. En ningún caso puede haber controles previos o preventivos (por vía directa o indirecta) sobre la difusión de opiniones e informaciones.

La obligación de desterrar las *restricciones indirectas* a la libertad de expresión es también especialmente relevante. Los documentos del SIDH en la materia aluden expresamente a una fuente "clásica" de restricciones indirectas: la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad o créditos oficiales, la regulación de las prebendas arancelarias y el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión.⁴⁵ La Corte Interamericana ha dejado sentado, por su parte, que la responsabilidad del Estado por restricciones indirectas puede traer causa de actos de personas particulares cuando el Estado no cumple con sus deberes de *protección y garantía*, esto es, cuando ante riesgos previsible o inmediatos no entra en acción, aun si los funcionarios que generan o toleran las prácticas restrictivas no derivan ventajas personales de su curso de acción.⁴⁶ Especial importancia tiene que el Estado, ante la existencia de comportamientos que ponen el riesgo el ejercicio del periodismo, tome las acciones necesarias para atajarlos y bloquear así las restricciones directas o indirectas que pueden inhibir o imposibilitar el ejercicio profesional de estos cruciales agentes de formación de información y opinión.⁴⁷

La jurisprudencia interamericana da textura, profundidad y concreción a todos los elementos de la "teoría de los límites" que ha quedado aquí apuntada de forma esquemática. Es preciso subrayar, sin embargo, que por el momento los criterios más detallados provienen preponderantemente de casos en los que la libertad de expresión venía analíticamente contrapuesta

⁴⁴ *Ibid.*, párrs. 91-99.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 97. Véase el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 98.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 179.

al derecho al *honor o protección de la reputación* (de los funcionarios públicos, candidatos, militares, etcétera). La Corte IDH apenas ha comenzado a desarrollar criterios sobre conflictos entre expresión e intimidad o propia imagen, a partir del caso *Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina* –a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha hecho exploraciones en un campo más amplio–.⁴⁸ La trepidante dinámica del SIDH, en cualquier caso, hace prever que el abanico de derechos e intereses estatales que serán analizados a la luz o en contraposición al derecho a la libertad de expresión aumentará muy pronto.

III. Jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La libertad de expresión tiene un lugar distintivo en el ámbito de la todavía escasa jurisprudencia de la SCJN en materia de derechos fundamentales. En su contexto hemos pasado en pocos años de resoluciones ambiguas o directamente cuestionables, a resoluciones que se hacen eco de los estándares del SIDH y de las bases consensuadas del constitucionalismo,⁴⁹ ofreciendo interesantes ejemplos del tipo de cuestiones que debe abordar el desarrollo de una práctica constitucional comprometida con su protección.

Los criterios vertidos en las sentencias que veremos orientan certeramente, por ejemplo, acerca de la aplicación del estándar de la prohibición de censura previa y la prohibición de restricciones indirectas (el caso del repartidor de octavillas y el de las esquelas) o acerca de cómo deben abordarse casos que conciernen a personas públicas o involucradas en asuntos de interés público, en varias de las modalidades en las que esta condición puede darse (políticos y funcionarios o exfuncionarios públicos, exprimera dama, periódicos y revistas de amplia circulación, etcétera). Todos los casos menos los dos primeros comparten una semejanza estructural: son amparos que derivan de juicios de responsabilidad civil extracontractual en los que se debate si la emisión y divulgación de ciertas informaciones u opiniones vulnera los derechos a la reputación (honor) o a la intimidad de otras personas, de modo tal que amerite la concesión de una indemnización.⁵⁰ Son casos que se deciden bajo las previsiones genéricas

⁴⁸ Para un análisis comparativo del estado de la cuestión en el sistema europeo y en el interamericano, véase, por ejemplo, Jiménez Ulloa, Adriana Consuelo, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁴⁹ La evolución no es solamente sustantiva –relativa al entendimiento del alcance del derecho– sino metodológica, en tanto muestra que la Corte va adentrándose en un universo de maneras de aplicar las normas constitucionales completamente que hace sólo diez años no usaba, haciéndose cargo de que el ordenamiento incluye normas de estructura y funcionalidad jurídica principal y de normas de fuente interna y de fuente internacional.

⁵⁰ No hay casos todavía sobre derecho a la imagen, pero el derecho está involucrado en algunos casos pendientes de resolución. La Primera Sala de la Corte ejerció la facultad de atraer el conocimiento de dos amparos Facultad de Atracción 107/2010. Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=120055>> (19 de junio de 2013) y Facultad de Atracción 108/2010.

de los códigos civiles sobre responsabilidad por daños (quien incurra en un hecho ilícito que cause un daño debe indemnizarlo) o bajo "leyes de imprenta" muy antiguas cuyas previsiones, habiendo sido dictadas como normas penales, son ahora usadas en juicios de naturaleza civil para establecer si ciertos hechos pueden considerarse un "acto ilícito" ligado causalmente con un daño alegado, material o inmaterial ("moral").

Las sentencias muestran la necesidad de considerar simultáneamente dos ejes de análisis: en el plano del *contenido* de lo expresado o informado, debe analizarse si el discurso es merecedor de protección reforzada u ordinaria –las sentencias se hacen eco del estándar de protección "dual" interamericano según el cual ciertos contenidos expresivos merecen de entrada una protección mayor–;⁵¹ en el plano de los *sujetos*, debe ponderarse la simetría o asimetría de las partes: no es lo mismo que se enfrente un particular con un poder público o con un medio de comunicación, dos medios de comunicación entre sí, dos o más personajes públicos entre sí, personajes públicos con medios de comunicación, etcétera. La posición funcional o institucional de los sujetos influye en su capacidad de difundir ideas y reaccionar a las difundidas por los demás y ello tiene relevancia en el análisis constitucional.

Pero las sentencias de la SCJN orientan sobre algo más, porque examinan la compatibilidad con la libertad de expresión del marco de normas de rango legal que debe usarse para la resolución ordinaria de casos que la involucran y en varios casos (en el caso *Acámbaro*, en particular, donde se declara inaplicable por inconstitucional una ley de imprenta)⁵² se declaran incompatibles con la Constitución. Con el tiempo esto debería ser algo verdaderamente excepcional. A medida que se deroguen o se dejen de aplicar las leyes de imprenta y los delitos de injurias, difamación y calumnias sean derogados o reformados,⁵³ los tribunales deberían

Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=120058>> (19 de junio de 2013) que corresponden a los Amparo Directo 3/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124353>> (19 de junio de 2013) y Amparo Directo 4/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124458>> (19 de junio de 2013). Estos amparos derivan de un juicio ordinario civil en el que se reclama de una escritora y una casa editorial una indemnización del daño que habría ocasionado la publicación de fotografías de la actora en el juicio natural en un libro. Presumiblemente los asuntos permitirán a la Corte pronunciarse sobre el alcance de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad y analizar la constitucionalidad de varios artículos de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

⁵¹ En el ámbito comparado también se habla a menudo de tipos de expresión con un valor *prima facie* disminuido. El discurso comercial, por ejemplo (la contratación y difusión de publicidad), a veces se deja fuera del ámbito de la libre expresión, pero más frecuentemente queda incluido pero con un potencial de resistencia menor frente a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

⁵² En el caso *bandera*, faltó un voto para hacer lo propio con el delito de injurias a los símbolos patrios.

⁵³ Los delitos de injurias, difamación y calumnias fueron derogados del Código Penal Federal en abril de 2007. Subsisten en los códigos penales de 14 entidades federativas (en algunos casos reformados): Baja California, Baja California Sur, Campeche, Colima, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Nayarit, Nuevo León, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

poder dejar de ocuparse de cuestiones de "marco" para concentrarse en realizar o revisar los ejercicios de adjudicación realizados en su contexto. El marco legal ordinario serán leyes específicas como la emitida en el Distrito Federal⁵⁴ (en la medida que se concluya que ellas, en tanto marco, no son constitucionalmente reprochables) o las cláusulas generales sobre responsabilidad civil por daños. No es sobrero recordar cómo debe abordarse la aplicación simultánea de ley y Constitución en estos últimos casos: la determinación de si en un caso existe o no el "acto ilícito" al que la ley se refiere debe ser el resultado de una ponderación constitucional previa de derechos. Cuando el examen de los hechos del caso a la luz de los derechos fundamentales afectados no arroje una extralimitación, no existirá hecho o acto "ilícito" y no habrá lugar a abordar las siguientes etapas del análisis legal propio del derecho de daños.

1. El caso bandera: normas penales que amordazan la expresión

En el año 2005 la SCJN emitió una sentencia cuyo fallo y confección argumental deben ser profundamente lamentados pero que suscitó en su seno una discusión que encierra la clave de la evolución jurisprudencial posterior –con el tiempo las posiciones minoritarias, apegadas a los estándares interamericanos, se han convertido en mayoritarias⁵⁵ y su análisis es muy útil para contrastar la resolución de un mismo caso en sentido compatible con la libre expresión y en un sentido que no lo es.

Los hechos son bien conocidos: la publicación en una revista de Campeche de un poema con referencias a la bandera mexicana derivó en el dictado auto de sujeción a proceso según el cual el autor era presunto responsable del delito de "ultraje a las insignias nacionales" previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal (en adelante CPF).⁵⁶ El afectado interpuso un amparo tanto por violación a la libertad de expresión como a las garantías del proceso penal y la prohibición de penas infamantes, inusitadas o trascendentales. Tras un sobreseimiento de juicio en primera instancia, levantado en revisión por el Tribunal Colegiado, la SCJN estuvo en aptitud de evaluar la compatibilidad del artículo citado con la Constitución.

Por tres votos contra dos, la Primera Sala determinó que el artículo no vulneraba la libertad de expresión ni contenía una norma excesivamente vaga. La Primera Sala sostuvo que el bien

⁵⁴ *Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal*, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 19 de mayo 2006.

⁵⁵ Amparo en Revisión 2676/2003. Sentencia definitiva 5 de octubre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=62928>> (19 de junio de 2013).

⁵⁶ El artículo dispone: "[a] que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicarán de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez".

jurídico tutelado por la norma penal era la "dignidad de la Nación", apuntó que gozaba de fundamento constitucional y que debía tomarse como un límite automático a la libertad de expresión porque dos normas de igual rango se exceptuaban entre sí⁵⁷ y porque le parecía claro que los artículos 6 y 7 de la Constitución acotaban la libertad de expresión, demostrando la voluntad del constituyente de establecer "una regulación jurídica que impida al Estado imponer sanciones por el sólo hecho de expresar ideas, pero también hacer jurídicamente responsable a quien emite su opinión si de ello derivan consecuencias antijurídicas, como los ataques a la moral, a los derechos de tercero, la provocación de un delito o la perturbación del orden público".⁵⁸ Reconociendo que en otros sistemas jurídicos artículos como el examinado habían sido declarados inconstitucionales, la SCJN sostuvo que ello obedecía a que las constituciones respectivas, a diferencia de la mexicana, no contenían un mandato expreso de salvaguardar los emblemas frente a acciones ultrajantes,⁵⁹ incluso con normas del orden penal –según, tras poner en relación varios preceptos,⁶⁰ la SCJN hallaba en la Constitución–.⁶¹ La Primera Sala tampoco detectó problemas de vaguedad para determinar el significado de "ultraje" y estimó que no era posible examinar cuestiones de proporcionalidad de la pena porque el poeta se había amparado contra un auto de sujeción a proceso, no contra una sentencia definitiva.⁶²

Los ministros Cossío Díaz y Silva Meza suscribieron un enfático voto particular que acogía la teoría estándar sobre la libertad de expresión, destacaba su funcionalidad múltiple y su particular conexión con la dinámica democrática, citaba normas interamericanas y recordaba la especial protección que merecen los discursos que inciden en la esfera política. El voto también destacaba el impulso *pro-libertate* en la redacción de los artículos 6 y 7, y daba lineamientos acerca de cómo interpretar nociones como "ataque a la moral", "ataque a los derechos de tercero", "provocación de algún delito" y "perturbación del orden público" para evitar que su aplicación o su regulación legislativa acabara por negar el derecho involucrado.⁶³ Los disidentes estimaban que el artículo 191 CPF no era una concreción legítima de límites a la libre expresión: "una norma penal cuyo indeterminado alcance incide y limita el *significado político* de la bandera [...] va mucho más allá de cualquier entendimiento razonable de lo que pueda entenderse cubierto por la necesidad de preservar la moral pública".⁶⁴ Los disidentes desvirtuaban

⁵⁷ Amparo en revisión 2676/2006... *supra* nota 55, p. 95 de la sentencia.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 127.

⁶⁰ Artículos 3, 73, fracción XXIX-B y 130, párrafo segundo, inciso e) de la CPEUM.

⁶¹ Amparo en revisión 2676/2006... *supra* nota 55, pp. 125-126 de la sentencia.

⁶² *Ibid.*, p. 128.

⁶³ *Ibid.*, Voto de minoría de los ministros Cossío Díaz y Silva Meza, pp. 4-5.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 9.

la construcción argumental con la cual la mayoría había calificado a la bandera como un bien constitucionalmente protegido y, reconociendo que el Estado puede reconocer su papel simbólico o cohesivo,⁶⁵ sostenían que el derecho penal no podía estar entre los medios usados a tal efecto si quería preservarse la libertad individual, y menos mediante normas expuestas en términos vagos que además contemplaban sanciones excesivas; una norma que no indicaba con claridad cuándo un comportamiento podía ser incluido por las autoridades bajo la amplia noción de "ultraje" a la bandera nacional condenaba a los ciudadanos a la autocensura".⁶⁶

El "caso bandera" es tanto un caso de libre expresión artística como un caso de discurso político o relacionado con temas de interés público. Como destacué en otra ocasión,⁶⁷ se trataba de un caso fácil, pues involucraba expresión lingüística (no conducta expresiva no lingüística, como en los casos de quema de banderas, cruces o cartillas militares), porque la norma examinada tenía un impacto central sobre la expresión (no periférico); porque se trataba de una regulación de contenido (no de forma, modo y circunstancias) y porque el mensaje tenía una dimensión política indudable (en contraposición a contenidos estructuralmente menos centrales). El mensaje tenía además un destinatario no individualizado, lo cual excluía tener que entrar en juicios ponderativos con los derechos de la personalidad y se vehiculaba por un conducto sumamente clásico –el medio impreso– lo cual excluía las cuestiones que pueden derivar del uso de determinados soportes expresivos.⁶⁸ Y por encima de todo, la norma examinada era una norma penal muy vaga que imponía una pena dentro de márgenes que daban alta discrecionalidad al juez y muy elevada en su extremo (cuatro años de prisión).

La decisión es, entonces, indudablemente criticable. A una instancia de discurso especialmente protegido la SCJN contrapuso la "dignidad de la nación" y, aunque no le dio protección automática –lo cual, como hemos visto, ha sido declarado vedado por la Corte IDH–⁶⁹ una vez hallado un engarce constitucional no intentó una armonización de previsiones sino que la convirtió en una "excepción" terminante a la libertad de expresión. El artículo examinado no superaba el test tripartito interamericano (que se proyecta con especial intensidad sobre las normas de naturaleza penal) porque no constituía una cobertura legal "clara y precisa", porque hay muchos motivos para dudar que proteger la bandera contra las críticas sea un "objetivo imperioso en una sociedad democrática" y porque no satisfacía la relación de

⁶⁵ *Ibid.*, 10-11 o 13.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁷ Pou Giménez, Francisca, "El precio de disentir. El debate interno en la Corte", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm 24, pp. 187-198.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 187-188.

⁶⁹ *Vid. supra.*

adecuación, necesidad y proporcionalidad entre medios y fines: sus objetivos podían alcanzarse por medios menos gravosos y sus desproporcionales previsiones tenían –aun antes de ser aplicadas a casos concretos– un peligroso "efecto mordaza".

2. El repartidor de octavillas: riesgos de sobre-inclusión y restricciones indirectas

El que llamo "caso del repartidor de octavillas" tiene que ver con la libre expresión del pensamiento y las creencias religiosas y es especialmente interesante para entender a qué obliga la prohibición de censura previa y para estar alerta a actos de autoridad que, quizá sin una intención explícita, son por sus efectos una fuente de restricciones indirectas.⁷⁰

El solicitante del amparo era un señor que había sido multado por repartir en la calle octavillas que anunciaban un concierto y unos cuadernillos con extractos del Evangelio. El fundamento de la sanción era un bando municipal que imponía una multa de 1 a 50 días de salario mínimo a quien "sin permiso, pegue, cuelgue, distribuya o pinte propaganda de carácter comercial o de cualquier otro tipo en edificios públicos, portales, postes de alumbrado público, de la Comisión Federal de Electricidad, de la Compañía de Luz y Fuerza, de teléfonos, de semáforos; pisos, banquetas, guarniciones, camellones, puentes peatonales, pasos a desnivel, parques, jardines y demás bienes del dominio público federal, estatal o municipal".⁷¹ El asunto exigía entonces analizar si una norma municipal que exige solicitar permiso previo a las autoridades municipales para difundir o repartir documentos en la vía pública vulneraba la libertad de expresión y/o la libertad religiosa. Por unanimidad de votos, la Primera Sala estimó que sí.

El razonamiento sobre libertad de expresión arranca con consideraciones análogas a la de la minoría en el caso *bandera* y en ellas resulta, por tanto, claramente trazable el entendimiento general de la libertad desarrollado en la jurisprudencia del SIDH –la sentencia transcribe un fragmento de *Olmedo Bustos*–. La Primera Sala enfatiza especialmente que la libertad de expresión no protege solamente el acto "estático" de expresar o comunicar lo que uno quiere, sino también la actividad dinámica consistente en *divulgarlo* por cualquier medio, y señala que garantizar esta libertad exige del Estado tanto obligaciones positivas como negativas, una de las cuales, por su importancia, es plasmada explícitamente por los textos fundamentales: la prohibición de censura, que impide someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad.

⁷⁰ Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva 29 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>> (19 de junio de 2013).

⁷¹ Fracción X del artículo 123 del Bando municipal de la ciudad de Toluca de 30 de enero de 2006.

A la luz de lo anterior, la Sala concluyó que, aunque el bando podía asociarse con la persecución de fines constitucionalmente válidos (velar por el buen uso, limpieza y adecuada preservación de los bienes de dominio público) e incluía medidas admisibles desde esa perspectiva, también incluía otras que no lo eran, erigiéndose en una previsión sobre-incluyente que imponía condiciones injustificadas a la expresión y difusión de escritos y obstaculizaba el ejercicio de la libertad religiosa.⁷² Mientras que pegar o colgar documentos o pintar sobre bienes del dominio público implica su posible desgaste o envejecimiento y limita la posibilidad de que otros ciudadanos puedan hacer uso de ellos (lo cual justifica una acción coordinadora y eventualmente proscriptora o sancionadora del Estado), la muy distinta actividad de circular por la calle repartiendo papeles –cubierta por la norma al referirse a quien "*distribuya*" propaganda "*comercial o de cualquier otro tipo*"– no implica un desgaste de superficie pública alguna y es, en circunstancias ordinarias, del todo compatible con que todos los demás ciudadanos hagan lo mismo. La SCJN concluyó que era una instancia central de difusión de ideas, en este caso religiosas, y que condicionarla a la obtención de un permiso de las autoridades municipales, que estas podrán graciosamente conceder o negar, se erigía en un mecanismo de censura incompatible con el texto fundamental.⁷³

La SCJN destaca que la existencia de la regla específica que prohíbe la censura hace innecesario someter la norma municipal a un análisis de adecuación y proporcionalidad medios-fines (pues la regla viene a indicar que, se haga como se haga la ponderación, el establecimiento de controles previos sobre los mensajes caerá siempre fuera de la zona de razonabilidad) pero sí se refiere al primer paso del test tripartito, que exige una cobertura legal clara y precisa para las medidas de limitación. Aunque, dice la SCJN, la contravención a la prohibición de censura no variaría si las norma tuviera rango legal, hay que destacar que el reglamento no tiene una genealogía legal clara⁷⁴ y que "la ausencia de criterios que guíen y fijen límites a la autoridad administrativa respecto de las razones por las cuales debe conceder o negar el permiso [...] deja el ejercicio de los derechos fundamentales a la ventura de la decisión que tengan a bien tomar las autoridades municipales".⁷⁵

La sentencia, en conclusión, constituye un ejercicio de jurisdicción constitucional que, sin que en el plano explícito repose *in extenso* en el aparato doctrinal del SIDH, tampoco es ajeno a él y resulta del todo armónico con sus estándares.

⁷² Amparo en revisión 1595/2006. ..., *supra* nota 70, p. 16.

⁷³ *Ibid.*, pp. 33-34.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 17.

3. Acámbaro y otros casos de leyes sobre delitos de imprenta: la protección de la crítica a los funcionarios públicos

En el 2009, la SCJN emitió una sentencia en la cual, con explícita aplicación de estándares del SIDH en estrecha conjunción con la Constitución, amparó al director de un periódico que había sido condenado a indemnizar a un expresidente municipal por la publicación de una entrevista a un antiguo empleado con informaciones que al exfuncionario le parecían injuriosas.⁷⁶ La SCJN declara, además, inconstitucionales varias previsiones de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato. Como hemos adelantado, esta sentencia es muy importante tanto por la orientación certera, en el plano sustantivo, respecto del tratamiento de un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor de los políticos o expolíticos como por sus pronunciamientos acerca de la inconstitucionalidad de la ley de imprenta aplicada para la resolución del caso.

En una y otra vertiente, *Acámbaro* borra la huella opaca dejada en varias sentencias anteriores. En octubre de 2006, un mes antes de que la SCJN decidiera el caso *repartidor de octavillas*, la Primera Sala había emitido por ejemplo una sentencia que sostuvo que los artículos 1 y 6 de la Ley (federal) sobre Delitos de Imprenta eran constitucionales porque se limitaban a desarrollar el concepto de "vida privada", sin rebasar los artículos 6 y 7 de la CPEUM.⁷⁷ Y en noviembre de 2008, la Primera Sala de la SCJN decidió de modo esquivo un amparo en el que, de nuevo, debía resolverse un conflicto entre honor y libertad de expresión.⁷⁸ En el caso *Acámbaro*,

⁷⁶ Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (19 de junio de 2013).

⁷⁷ Amparo Directo en Revisión 1580/2003. Sentencia definitiva 4 de octubre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61305>> (19 de junio de 2013). Después de declarar inoperantes la mayoría de planteamientos (incluido aquél en que el quejoso alegaba que la Ley de Imprenta protegía la vida pública de los funcionarios, y no sólo la vida privada, como preveía la Constitución), la Corte señala que los citados artículos 1 y 6 no contradicen la Constitución porque constituyen un "desarrollo" de ella: "La Constitución al prever la garantía de libertad de imprenta sólo precisó como límites de esta los conceptos precisados en el párrafo anterior, y al no desarrollar tales conceptos, correspondió al legislador secundario tal tarea [...] no es verdad que [los artículos impugnados] rebasen lo dispuesto en tales preceptos primarios, sino que cumplen con la finalidad de las normas reglamentarias, que consiste en detallar, precisar y sancionar los principios o conceptos que contiene la Carta Magna, con el fin de establecer los medios necesarios para la aplicación del precepto constitucional que regulan" (p. 31). El Ministro Cossío suscribió un voto particular denunciando tal criterio decisorio (el estándar según el cual una norma es constitucional si puede presentarse como un "desarrollo" de la Constitución) y, citando jurisprudencia constitucional comparada e internacional y obras doctrinales, extrae y detalla las razones por las cuales los artículos citados vulneran la libre expresión. Su razonamiento es análogo al que aplicaría después en el caso *Acámbaro*. El ministro Gudiño formuló un voto concurrente en el que, no obstante echar en falta argumentos más profundos, concluía que la ley no desbordaba la noción de "protección de la vida privada".

⁷⁸ Amparo Directo en Revisión 1496/2008. Sentencia definitiva 5 de noviembre de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102423>> (19 de junio de 2013). El asunto derivaba de un juicio indemnizatorio interpuesto por una persona presentada por un periódico de Tabasco como acosador sexual. Los jueces civiles y el Tribunal Colegiado estimaron que no existía "hecho ilícito", puesto que los hechos difundidos eran ciertos y las expresiones, siendo ofensivas, no eran ilegales ni contrarias a la Constitución. La Suprema Corte no abordó el fondo, señalando que los agravios eran inoperantes por aludir a problemas de mera

la SCJN unánime muestra cómo debe resolverse este tipo de casos en un razonamiento que pone de la mano la Constitución y la jurisprudencia del SIDH.⁷⁹

Como apuntábamos, el asunto derivaba de una condena penal al director de un periódico por lo que se consideró (en términos de la ley guanajuatense sobre delitos de imprenta) un "ataque a la vida privada" de un expresidente municipal de Acámbaro, por haber publicado una entrevista a un antiguo empleado suyo. La Corte dedica la parte considerativa inicial a destacar cuestiones generales sobre la fuerza normativa de la Constitución, el papel de la ley en la regulación de los derechos o el modo en que debe abordarse la resolución de conflictos de derechos bajo la Constitución. Considerando que el Tribunal Colegiado fundamentaba su fallo en un entendimiento erróneo del contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la libertad de expresión, la sentencia los desarrolla desde otros parámetros citando extensivamente doctrina interamericana.⁸⁰

Con posterioridad se enuncian, de nuevo en línea con los estándares del SIDH, las estrictísimas condiciones en las que una expresión de crítica a un funcionario público, en principio merecedora de un "plus" de protección, puede ser limitada y dar lugar a responsabilidades. En primer lugar, la limitación debe tener una *cobertura legal y redacción clara*: debe estar prevista en una ley (en sentido formal y material) para otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos y protegerlos de la arbitrariedad de las autoridades, evitando la creación de un entorno hostil que desincentive la discusión y fomente la autocensura. En segundo lugar, debe existir *intención específica o negligencia patente* –el llamado estándar de "malicia"–, que subordina la generación de responsabilidad a que la expresión haya sido emitida con la intención de causar daño, con el conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos o con patente negligencia respecto de la revisión de la aparente veracidad o falta de veracidad de la misma. En tercer lugar, la SCJN se refiere a la *materialidad y acreditación del daño*, que exige que quien alega perjuicio a su honorabilidad pruebe que el daño efectivamente se produjo (la expresión no puede limitarse apelando a meros riesgos o a daños eventuales). En cuarto lugar, la SCJN se refiere al *doble juego de la exceptio veritatis*, que implica que "la persona que se expresa debe siempre poder bloquear una imputación de responsabilidad

legalidad y, en tanto denunciaban "omisiones de estudio" de argumentos por parte del Tribunal Colegiado, infundados (págs. 18-32). En un voto particular el ministro Cossío sostiene que, con independencia de si la solución sustantiva merecía o no ser confirmada, la mayoría incurrió en peticiones de principio y se valía de un utillaje conceptual y argumental que no permitía vehicular la fuerza normativa de la Constitución; por eso fijaba mal las cuestiones a resolver y esquivaba las de fondo. De nuevo hay referencias al SIDH y a argumentos que prevalecerían después en el caso *Acámbaro*.

⁷⁹ Remitimos al lector al comentario de la RELE sobre este caso. CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría...* *supra* nota 26, párrs. 81-99.

⁸⁰ Amparo Directo en Revisión 1496/2008... *supra* nota 78, pp. 18-34.

ulterior probando que los hechos a los que se refiere son ciertos y, complementariamente, no puede ser obligada a probar, como condición *sine qua non* para evitar esa responsabilidad, que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos".⁸¹

En quinto lugar, la SCJN se refiere a la *gradación de medios de exigencia de responsabilidad*, derivada de la necesidad de que las afectaciones de derechos sean necesarias, adecuadas y proporcionales, que obliga contemplar varias modalidades de responsabilidad capaces de atender a la gravedad de la lesión infligida; la SCJN destaca en este punto la relevancia del derecho de réplica reconocido en el artículo 6 CPEUM. Finalmente, la SCJN se refiere a la *minimización de las restricciones indirectas*, destacando la importancia de atender a las reglas de distribución de la responsabilidad al interior del universo de sujetos implicados en la cadena de noticias y opiniones. Para la SCJN, "[s]e trata, en otras palabras, de no generar dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que lleven a unos a hallar interés en el silenciamiento o la restricción expresiva de los demás".⁸²

Al abordar el caso concreto, la SCJN explica las deficiencias de la sentencia del Tribunal Colegiado a la luz de los estándares anteriores así como en el modo en que tenía que abordarse la base fáctica del caso: las expresiones impugnadas debían haberse interpretado integralmente, atendiendo a su contenido, contexto, propósito y modo de presentación y no a partir de una expresión aislada. Además el carácter de los sujetos (expresidente municipal y periodista) debía haber determinado la identificación de los derechos que después debían ser ponderados, lo cual debía ser agregado al fuerte interés público que respaldaba la difusión de información y opiniones relacionadas con la regularidad de la gestión del funcionario involucrado –quien además tenía modo de acceder a los medios y reaccionar ante la información–.⁸³

Finalmente, la SCJN apunta las razones por las cuales la Ley de Imprenta de Guanajuato era inconstitucional y debía haber sido inaplicada al caso: su "patente falta de claridad" evidenciaba la construcción estructural defectuosa del tipo penal sobre ataques a la vida privada; los supuestos de responsabilidad eran excesivamente abarcativos, pues no se limitaba a castigar ataques especialmente graves y claramente acreditados, sino también casos en los que la afectación era puramente eventual; aunque la ley se refería a la "malicia" en la expresión, después permitía identificarla con términos objetivamente ofensivos y desconocía la regla de la *exceptio veritatis*. La ley imponía condiciones extraordinariamente exigentes y en algunos de

⁸¹ *Ibid.*, p. 40.

⁸² *Ibid.*, pp. 41-42.

⁸³ *Ibid.*, pp. 42-45.

sus artículos "blindaba" el discurso referido a los funcionarios públicos aún más que el discurso ordinario.⁸⁴

4. El caso de la ex-primer dama: intimidad e involucramiento voluntario en la esfera pública

Pocos meses después, la SCJN decidió un caso que enfrentaba a una ex-primer dama del país con una periodista y una revista semanal de amplia circulación a raíz de la publicación de datos que ella consideraba invasores de su vida privada. El caso ejemplifica por tanto el conflicto potencial entre expresión e información y la intimidad de un "persona pública" y también fue resuelto en términos constitucionalmente elogiados –la Primera Sala de la SCJN negó el amparo reivindicando las premisas generales sentadas en *Acámbaro* y las desarrolló para un caso en el que el derecho relevante era la intimidad (no el honor) y la persona no era político o funcionario público, sino un "personaje público"–.

En el juicio civil, la periodista y la revista habían sido condenadas a indemnizar por daño moral al considerarse que la publicación objeto de la disputa lesionaba el derecho al honor de la ex-primer dama. En segunda instancia se modificó la sentencia, absolviendo al medio impreso y modificando el monto indemnizatorio impuesto a la periodista. Tanto ésta como la ex-primer dama interpusieron amparos contra la sentencia, de los cuales conoció la Primera Sala SCJN tras ejercer la facultad de atracción.⁸⁵ El amparo de la periodista fue sobreseído por caducidad;⁸⁶ el de la ex-primer dama, resuelto de fondo y negado.⁸⁷

La SCJN desarrolla en este caso por qué las razones que justifican que los funcionarios u otras personas involucradas en la gestión pública tengan, *prima facie*, un grado menor de resistencia frente al derecho a la libre expresión se aplican también a las "personas públicas", de "notoriedad pública" o "personajes públicos". La SCJN señala que las personas públicas son aquellas que, por circunstancias sociales, familiares, artísticas, deportivas, o porque ellas mismas han difundido hechos y acontecimientos de su vida privada, tienen proyección o notoriedad

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 45-55.

⁸⁵ Facultad de atracción 31/2009. Decisión del 22 de abril de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=106877>> (19 de junio de 2013); Facultad de atracción 46/2009. Decisión del 3 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108285>> (19 de junio de 2013).

⁸⁶ Se consideró que había caducado en los términos señalados por la Ley de Amparo (véase el Amparo Directo 12/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>> (19 de junio de 2013). Los ministros Cossío Díaz y Sánchez Cordero emitieron sendos votos disidentes oponiéndose al sobreseimiento).

⁸⁷ Amparo Directo 6/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (19 de junio de 2013).

en una comunidad y por ende se someten voluntariamente al riesgo de que sus actividades o su vida privada sean objeto de mayor difusión.⁸⁸ En otros puntos se da cabida a una perspectiva distinta, independiente del comportamiento del involucrado, al decirse que:

[derivado de su notoriedad] generan un interés legítimo en la vida comunitaria de conocer de información relacionada con dichas personas y de ahí, que exista un interés público o relevancia pública sobre la información u opiniones publicadas respecto de esas personas [...] que puede derivar del tema o asunto tratado, o bien, por el propio tipo de persona a que se refieren y que, en sí mismo, le da el carácter de "noticiable".⁸⁹

Derivado de esta doble base (asunción voluntaria de ciertas posiciones sociales o existencia externa de interés) las personas públicas deben soportar un nivel de injerencia mayor en su intimidad y una mayor exposición a la crítica de terceros, incluso cuando pueda ser incómoda o hiriente. Ello no las desviste, de todos modos, de su derecho a la intimidad o vida privada, lo cual hace necesario un ejercicio de ponderación entre cuál derecho tiene un plus de protección en cada caso.⁹⁰ En el ejercicio ponderativo el concepto crucial será el interés público que tengan los hechos o datos publicados. Este elemento hará que la voluntad de resguardar del conocimiento ajeno ciertos hechos ceda en favor del derecho de los demás a comunicar y recibir información sobre hechos o a emitir opiniones o juicios de valor. La noción de interés público no alcanza a todo lo que sea de "interés del público": lo crucial es la relevancia pública de lo informado para la vida comunitaria; no es exigible que las personas deban soportar pasivamente la difusión periodística de datos relevantes de su vida privada cuando su conocimiento es trivial o indiferente desde la perspectiva del debate público o se asocian sólo a la curiosidad o el interés morboso.⁹¹ La relevancia pública dependerá de situaciones históricas, políticas, económicas, sociales altamente variables que deben aquilatarse en cada caso concreto, tomando siempre en cuenta la proyección pública mayor o menor de la persona según su posición en la sociedad, y la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada.⁹²

Una aportación interesante de la argumentación son las precisiones acerca del rol de la veracidad y las consecuencias que ello tiene desde la perspectiva del derecho de réplica. Según

⁸⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 53-54.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 78-79.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 79-80.

⁹² *Ibid.*, p. 81.

subraya la SCJN, la intimidad protege la no divulgación de datos de la vida privada de una persona sin su consentimiento y la veracidad de los datos difundidos no aminora la lesión, sino que es su "presupuesto". Por ello a diferencia de lo que ocurre con el derecho al honor, el derecho de réplica no repara la intromisión a la intimidad, pues no se responde por la falsedad de lo publicado sino precisamente por decir la verdad y el hecho de tener posibilidad de réplica, de relatar la propia versión, sólo incita a que se continúe hablando del tema.⁹³

Otra aportación interesante es el desarrollo en torno a la idea del "reportaje neutral", que es importante para establecer el esquema de responsabilidades entre los participantes en la cadena de difusión de un mensaje, fáctico o expresivo. Según la SCJN, se habla de reportaje neutral cuando un medio de comunicación se limita a transcribir lo dicho o declarado por un tercero, cumpliendo únicamente una función transmisora; el responsable de cuanto se diga en el mensaje reproducido será exclusivamente su autor material. El "reportaje neutral" debe satisfacer dos requisitos: veracidad, entendido en este contexto como la certeza de que la declaración difundida se corresponde efectivamente con la realizada por el autor material, y relevancia pública de lo informado.⁹⁴

En el caso concreto, la Sala determinó que la publicación disputada constituía un "reportaje neutral" que satisfacía los dos requisitos anteriores. Los hechos relativos a la vida privada de la quejosa, atendidos en el contexto en que fueron publicados, se podían asociar a un interés legítimo de la sociedad en conocer dicha información.⁹⁵ La SCJN dijo que

... [p]or sus actividades políticas y por ocupar [diversos] cargos públicos y, posteriormente, además, derivado de la referida relación matrimonial, [la quejosa] tenía, aun frente a otros personajes públicos, una proyección a nivel nacional e, incluso, internacional, de tal magnitud, que conlleva a un mayor interés o escrutinio público en sus acciones o conductas, al ser la cónyuge del titular de uno de los poderes públicos.⁹⁶

A ello debía agregarse que en el pasado "[v]oluntariamente, expuso diversos aspectos de su vida privada [...] lo que, lejos de mantenerla fuera de la vista del público, la señalaban como

⁹³ *Ibid.*, p. 80.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 80-81.

⁹⁵ De nuevo, remitimos al lector al comentario de la RELE sobre este caso. CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría...* *supra* nota 26., párrs. 100-114).

⁹⁶ Amparo Directo 6/2009... *supra* nota 87. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (19 de junio de 2013), p. 85.

una persona crucial en la vida política del país".⁹⁷ El derecho a la intimidad no había sido ilegítimamente invadido.

El caso de la ex primera dama ilustra las diferencias entre los bienes jurídicos protegidos por el derecho al honor y por el derecho a la intimidad o vida privada –lo cual es importante en un país en el que la mención indiferenciada a la "vida privada" tanto en la Constitución como en las leyes de imprenta ha propiciado una notable confusión– y, en relación con ello, ayuda a entender la diferente relevancia del requisito de la veracidad de lo difundido. Aunque la verdad de la información *no* es, recordemos, algo que defina las condiciones legítimas para difundir hechos que pueden ser considerados injuriosos por ciertas personas –el estándar no es la verdad sino la veracidad: que no haya habido clara negligencia o descuido temerario respecto de la comprobación de la verdad de lo que se difunde– cuando del derecho a la intimidad se trata no ha lugar a grandes disputas en torno a esta cuestión, pues lo único que debe evaluarse es si hay razones que justifiquen la difusión de datos que una persona preferiría mantener fuera del conocimiento ajeno. No es tanto –a diferencia de lo que dice la SCJN– que la veracidad de los datos privados difundidos esté "presupuesta", sino que no es centralmente relevante: pueden difundirse datos ciertos mezclados con datos falsos y la presencia de los segundos no elimina (por eso es equívoco hablar de "presupuesto") la invasión a la intimidad, sino que en su caso simplemente ocasionará una violación paralela del derecho al honor o agravará la invasión percibida a la esfera privada. No hay que confundirse tampoco por el hecho de que la SCJN hable del requisito de la veracidad en el contexto de sus referencias al "reportaje neutral": en ese caso la veracidad exigida significa apego de lo difundido con lo emitido, y sirve para deslindar las responsabilidades de los diferentes sujetos involucrados en la parte de la emisión del mensaje (aunque éste es un tema sobre el cual la jurisprudencia de la SCJN debe aportar todavía bastante más claridad).

Existe, como hemos señalado, una ambigüedad no resuelta en la construcción que la SCJN hace de la figura del "personaje público", con la apelación tanto al hecho de ponerse en una posición que hace previsible la conversión de una persona en personaje conocido (este sería el criterio del "riesgo asumido") como al hecho de concitar el interés público con independencia de la voluntad y las acciones. Ello no es muy relevante en este caso porque el personaje involucrado cumplía simultáneamente los dos criterios, pero pueden surgir casos en los que sí sea relevante distinguir. Como sea, es un caso fundamentalmente bien decidido en el que se ponen piezas que deben servir para desarrollar criterios respecto de otros derechos de la personalidad.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 86.

5. El caso de los políticos en el Instituto Federal Electoral: inviolabilidad parlamentaria y libertad de expresión

Este amparo es muy interesante porque analiza el lugar y el alcance de la inviolabilidad parlamentaria, una garantía que el artículo 61 CPEUM otorga a los miembros de las cámaras parlamentarias,⁹⁸ la cual ha operado históricamente como una protección reforzada de la libre expresión, instrumentalmente orientada a garantizar la independencia del poder legislativo respecto de los otros, cuya justificación y alcance actual este caso nos ayuda a pensar. También es importante porque nos sitúa, como el caso de los periódicos que veremos con posterioridad, con un escenario de debate entre dos personas "públicas", que se enfrentan en un contexto de debate sobre temas de interés público.

El amparo derivaba de un juicio civil por daño moral interpuesto por un político mexicano contra otro político mexicano, con cargo de diputado federal, quien en un debate en el Consejo General del Instituto Federal Electoral (en adelante IFE) sugirió la implicación del primero en un asesinato. El diputado participaba en el órgano electoral en su calidad de Consejero del Poder Legislativo. En primera instancia el juez no encontró injuriosas sus expresiones mientras que en la apelación, la Sala civil estimó que el caso debía ser sobreseído por falta de legitimación pasiva en la causa: el demandado era diputado y no podía ser convenido por lo expresado. En un primer amparo, el Tribunal Colegiado precisó que la inviolabilidad parlamentaria no cobraba eficacia automáticamente por el hecho de que el demandado fuera diputado, sino que era necesario analizar si las manifestaciones habían sido hechas precisamente en el desempeño de esas funciones. En cumplimiento, la Sala civil estimó que así era y volvió a sobreseer por falta de legitimación pasiva. Interpuesto un nuevo amparo directo, el Colegiado lo negó, estimando que, para no hacer nugatoria la garantía, debían considerarse incluidas las comunicaciones que los parlamentarios sostienen con la ciudadanía o mediante comunicados de prensa, o en la televisión, o las sostenidas con otros funcionarios en debates políticos o electorales, y especialmente las emitidas por diputados y senadores ante organismos creados constitucionalmente, como el IFE. A este argumento, centrado en la definición de qué sea el desempeño de funciones parlamentarias, se añadían dos más: en el caso era imposible desvincular materialmente lo que el demandado hacía como diputado federal y lo que hacía en su condición de representante de un partido en el IFE, y en todo caso, las opiniones de los consejeros del IFE tampoco pueden ser objeto de reclamo debido a la independencia y autonomía que debe tener ese Instituto.

⁹⁸ Amparo Directo en Revisión 27/2009. Sentencia definitiva 22 de febrero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105049>> (19 de junio de 2013).

La SCJN, en la revisión, no coincidió con él. En primer lugar, rechazó el argumento según el cual los miembros del Consejo General del IFE deban quedar cubiertos por la posibilidad de que la existencia de juicios afecte el funcionamiento del órgano. La SCJN dice que las razones que apoyan la inviolabilidad de diputados y senadores no se aplican a todos los otros órganos estatales que deben gozar de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones; las funciones del IFE son materialmente administrativas, no parlamentarias, y los intervinientes en sus debates caen bajo el régimen general, salvo que pueda considerarse que en un determinado momento –y por otros argumentos– alguno de ellos goce en lo individual de inviolabilidad por su condición de diputado o senador. En segundo lugar, trabajando sobre lo sostenido en un precedente,⁹⁹ reitera que la inviolabilidad parlamentaria es una prerrogativa *funcional* que protege el ejercicio de la función parlamentaria, no a la persona en cuanto tal, y que el *lugar* en el que se emiten las opiniones (fuera o dentro del recinto parlamentario) no es determinante en su entrada en juego. Pero si en el precedente la SCJN había instado a atender al *contexto y contenido* del mensaje para saber si su emisión era parte de la función, ahora la SCJN dedica largas páginas a argumentar que el *contenido* no puede ser determinante. Después de extensas consideraciones acerca de la deliberación, las precondiciones de un debate racionalmente sustentable y la necesidad de garantizar a diputados y senadores, como actores políticos, las condiciones para la más amplia discusión– la SCJN señala que en la delimitación de lo que sea la "función parlamentaria" debe tener un lugar importante el "principio de legalidad": esto es, es necesario consultar la descripción legal de una particular situación para poder determinar si entra bajo ese paraguas conceptual.

En el caso, analizada la composición del Consejo General del IFE según la normativa aplicable, se destaca la diferencia entre los consejeros del Poder Legislativo y los de los partidos políticos. Aunque el demandado fuera disputado, acudió al IFE como representante de un partido político, para "defender los intereses del partido al que representaba y para levantar por ese conducto la voz del pueblo, al ser su partido uno de los canales para la acción política del pueblo, una entidad cuyo fin consiste en promover la participación ideológica y política del pueblo".¹⁰⁰ Las funciones de un representante de partido en el IFE, concluye la SCJN "no se definen en norma jurídica alguna como el desempeño de una función parlamentaria", razón por la cual se concede el amparo para que los jueces civiles reconozcan legitimación pasiva en la causa y resuelvan con plenitud de jurisdicción el recurso de apelación.

El caso de los políticos en el IFE es muy interesante para explorar las racionalidades de la libertad de expresión y pensar cuáles son sus implicaciones en los escenarios institucionales

⁹⁹ Se trata del Amparo en Revisión 2214/1998. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=22818>> (19 de junio de 2013).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 101 de la sentencia.

de las democracias contemporáneas. Aunque puede parecer que hay razones para simpatizar con una interpretación lo más extensiva posible de la garantía de inviolabilidad, que asegura a las personas las condiciones ideales para el ejercicio desinhibido de la libertad, un caso derivado de una discusión en el IFE nos pone a pensar qué consecuencias tendría extenderlo a todos los órganos deliberantes del Estado o a todos los órganos cuyos miembros necesitan operar con garantías de no intromisión por parte de otros agentes estatales o privados. Uno encontraría razones para extender la garantía de inviolabilidad por las opiniones a los tribunales, por ejemplo, a las agencias reguladoras independientes, a los órganos constitucionales autónomos e incluso a algunos funcionarios del Poder Ejecutivo. Sin embargo, extender la inviolabilidad implica también extender la asimetría definitiva de las partes a una gran cantidad de interacciones públicas e implica tener que involucrarse en operaciones complicadas de delimitación –la extensa discusión en el amparo acerca de la relevancia comparativa de las circunstancias de modo o lugar, los contenidos, las personas, las descripciones normativas, etcétera, lo ilustran con elocuencia– que pueden acabar desviando la atención de las cuestiones de libertad de expresión o incluso predeterminar la solución jurídica del caso desde parámetros distintos a los que regirían si uno lo examinara directamente desde la perspectiva de la libertad de expresión. Por ello el criterio de la SCJN parece acertado: es mejor mantener la prerrogativa en el campo explícitamente marcado por la Constitución y resolver los casos con las "reglas generales". Y las reglas generales, claramente, en un caso como éste, situado en uno de los escenarios básicos del debate público, apuntan a una solución general en favor del libre ir y venir de opiniones en cuyo contexto encontrar causa para la responsabilidad civil será una hipótesis verdaderamente excepcional.

6. El caso de las esquelas: inserciones pagadas y derecho al honor en las relaciones privadas

El que llamo "caso de las esquelas", de mayo del 2010, me parece también digno de detenida atención porque aborda, de nuevo, temas de algún modo relacionados con censura previa –así venía inicialmente construido, aunque la SCJN, acertadamente, declaró la insuficiencia de esta perspectiva de análisis– y sobre todo porque en él la Primera Sala sienta un criterio para orientar la resolución de conflictos de derechos *entre particulares*. Ello lo convierte en relevante desde la perspectiva del deber estatal de *protección* –que insta al Estado a adoptar medidas que protejan a los ciudadanos contra intromisiones a derechos provenientes de otros particulares– y, en general, desde una perspectiva preocupada por sentar reglas que minimicen las restricciones indirectas a la libre y amplia difusión de ideas.¹⁰¹

¹⁰¹ Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Sentencia definitiva 12 de mayo de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591>> (19 de junio de 2013).

La controversia derivaba de la publicación en un diario de dos esquelas en las que una asociación extendía su pésame por el fallecimiento de una persona, que "se sumaba a las cifras de este mal del siglo".¹⁰² El afectado –no fallecido– demandó a la empresa propietaria del periódico una indemnización por daño moral. La juez civil falló en favor del periódico, señalando que las esquelas constituían una inserción pagada por un tercero mediante la cual se transmitía una información de carácter personal, no una información periodística elaborada por el periódico, quien fungía exclusivamente como medio transmisor de lo dicho por un tercero. La juez concluyó que la publicación de la esquela no constituía un "acto ilícito" en los términos exigidos por las reglas del derecho de daños y su decisión fue confirmada en apelación.

Llegado el caso a la justicia federal, un Tribunal Colegiado concedió un primer amparo para el efecto de que la Sala de apelación volviera a fallar omitiendo fundar su razonamiento en el Código Civil del Distrito Federal. La Sala dictó entonces una nueva resolución según la cual la publicación de las esquelas se había hecho de forma maliciosa en términos de la Ley sobre Delitos de Imprenta y constituían un ataque a la vida privada y a la moral, debiendo el director del periódico responder civilmente por ellas. Si el periódico, a cambio de dinero, se prestaba a ser usado para que una persona insultara y menoscabar la honra y la vida privada de otra, decía la Sala civil, debía ser responsable por ello: la empresa demandada debió haber verificado que las esquelas no ofendieran la moral, los sentimientos y la honra del actor. Las dos partes interpusieron un nuevo amparo directo y en esta ocasión el Tribunal Colegiado otorgó el amparo al periódico porque estimó que la Sala civil había omitido analizar la gravedad de la culpa que le atribuía, en relación con el incumplimiento del deber de cuidado a que estaba sujeto: verificar que el contenido de las esquelas no fuera ofensivo o tuviera la intención de ofender. A pesar de la estimación parcial de sus pretensiones, la empresa interpuso revisión ante la SCJN, alegando fundamentalmente que la sentencia del Colegiado la obligaba a ejercer censura previa –constitucionalmente vedada– pues le imponía, bajo amenaza de sanción, un deber de verificar que el contenido de las esquelas que le eran contratadas no fuera ofensivo. La SCJN tuvo entonces la oportunidad de evaluar si la interpretación de la Constitución efectuada por el Tribunal Colegiado era correcta.

La pregunta, era entonces, si la libertad de expresión y la prohibición de censura previa vedan que un periódico sea declarado responsable y obligado a indemnizar afectaciones a terceros derivadas del contenido de las inserciones en formato "esquela" contratadas por los particulares.¹⁰³ La sentencia de la Primera Sala apunta al empezar que el paradigma de la

¹⁰² Sigo aquí, en líneas generales, la síntesis que encabeza el voto concurrente que el ministro Cossío Díaz formuló en este asunto.

¹⁰³ Amparo en Revisión 2214/1998. . . , *supra* nota 99, p. 3 del voto concurrente.

prohibición de censura previa no permite por sí mismo resolver integralmente el conflicto de derechos que se plantea en este tipo de escenario –por ser una regla fundamentalmente referida al ámbito de las relaciones entre poderes públicos y particulares, no al ámbito de las relaciones entre particulares y otros particulares–¹⁰⁴ y en congruencia con ello sustenta la argumentación en una exploración del contenido del derecho a la libertad de expresión (citando el caso *repartidor de octavillas*) y en una especie de derivación de las decisiones que uno debe adoptar para no aminorar en ninguna medida superior a la necesaria su fuerza normativa en un contexto atento a las particularidades de los sujetos, mensajes y entornos. Los derechos fundamentales, se señala, vinculan en las relaciones entre particulares, pero no de una manera fija y predeterminada.¹⁰⁵

La Sala subraya que la posición legal de los periódicos frente a particulares por motivos ligados a los contenidos que publican es muy variada porque la relación que los une con los autores de esos contenidos (editorialistas, columnistas, ciudadanos que escriben cartas al director, etcétera) es también muy variada, y porque la resistencia de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad también depende del tipo de contenido informativo o expresivo.¹⁰⁶ Atendidas las características de las inserciones tipo "esquela", la Primera Sala sostiene que en estos casos los periódicos actúan esencialmente como vehículos, como medios transmisores de mensajes que otras personas desean difundir,¹⁰⁷ y que la definición de su estatuto jurídico debe equilibrar los derechos de los contratantes con los de los potenciales afectados.

Desde esa perspectiva, la Corte opina que imponer a los diarios el deber de verificar el contenido no ofensivo de las inserciones obstaculizaría en demasía el mantenimiento de los periódicos como espacios de comunicación ciudadana.¹⁰⁸ La necesidad de no hacer nugatorios los derechos de los potenciales afectados se satisface, dijo, con la adopción de dos medidas preventivas: a) solicitar a los contratantes sus datos básicos de identificación, para que quienes se sientan afectados por las inserciones sepan a quién reclamar y b) cerciorarse de que el texto publicado corresponde con aquel cuya publicación le fue solicitada –esto es: no publicar algo distinto a lo que reciben–. Si el periódico no satisface estos dos deberes básicos, entonces él mismo asume el riesgo de tener que responder por los daños que potencialmente puedan derivar de las inserciones y puede ser judicialmente demandado por ello

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰⁶ Amparo en Revisión 2214/1998..., *supra* nota 99, p. 51 de la sentencia.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 52.

¹⁰⁸ Amparo en Revisión 2214/1998..., *supra* nota 99, p. 11 del voto concurrente del Ministro Cossío Díaz.

(aunque sólo será finalmente responsable, aclara la Corte, cuando los tribunales concluyan que el conflicto de derechos no puede librarse a favor de la libre expresión).

El caso *de las esquelas* suscitó un debate muy intenso, del que son testimonio dos votos concurrentes y uno particular, todos ellos interesantes en el contexto de una discusión que muestra a una SCJN inmersa en un universo jurídico completamente distinto al que imperaba cuando se resolvió el caso *bandera*. Aunque no hay una presencia explícita de los estándares interamericanos, la resolución es ampliamente armónica con ellos. La SCJN aplica, en los hechos, un test de proporcionalidad –aunque no lo mencione con sus etiquetas canónicas– con especial atención a las nociones de "necesidad" y "mínima interferencia", lo que la lleva a desechar el criterio interpretativo seleccionado por el Tribunal Colegiado en favor de uno menos restrictivo desde la perspectiva de la libertad de expresión.

Con independencia de si la regla de prohibición de la censura previa ofrece guías directas para resolver conflictos de derechos en las relaciones entre particulares (me inclino por pensar que no), su racionalidad de trasfondo y en general la prohibición de controles *ex ante* a la libre expresión apoyan la decisión adoptada. Convalidar el deber de los periódicos de revisar las inserciones a la luz de un estándar tan vago y subjetivo como el de la "no ofensividad", como quería el Colegiado, llevaría a restringir o encarecer desproporcionadamente el acceso de los ciudadanos a esos espacios, con una merma para la circulación de ideas e información. El establecimiento de controles de forma –no de fondo– y de reglas claras de responsabilidad, además, provee seguridad jurídica –uno de los bienes genéricos que el primer paso del test tripartito interamericano (cobertura legal clara y precisa) desea salvaguardar–.

7. La Jornada contra Letras Libres: libertad y reputación de los periódicos

El precedente más reciente de la SCJN en el ámbito que nos ocupa es, de nuevo, un caso protagonizado por un conflicto entre libre expresión y derecho al honor, pero con la particularidad de que los involucrados a cada lado de la balanza son personas jurídicas, no físicas, que además tienen una posición particular dentro del universo de instancias de ejercicio del derecho: un diario y una revista, ambos de amplia circulación.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Amparo Directo 28/2010. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (19 de junio de 2013). A diferencia de otros casos, al comentar este caso no suprimo la denominación de las partes porque ellas mismas han hecho referencia al caso en sus páginas (véase el editorial de *La Jornada* del 24 de noviembre de 2011) y *Letras Libres* publica extractos de la sentencia en su número 157 (enero de 2012).

El caso –con un trayecto procesal larguísimo en los juzgados civiles y los órganos judiciales federales–¹¹⁰ derivaba de una demanda por daño moral interpuesta por la empresa propietaria del periódico *La Jornada* contra la propietaria de la revista *Letras Libres* y su subdirector en lo personal, a raíz de una columna firmada por éste según la cual la cobertura del diario sobre la organización terrorista *ETA* estaba influenciada por un acuerdo de colaboración suscrito con el diario vasco *Gara*. Esta alianza lo había llevado, decía, a intervenir a partir de cierta manipulación informativa para impedir al juez español Baltasar Garzón el desarrollo de ciertas actuaciones investigativas en territorio mexicano. En el amparo directo del que conoció la Corte, *La Jornada* alegaba que el contenido de la columna lesionaba sus derechos al honor, a la reputación y a la vida privada. La Corte consideró, por el contrario, que las expresiones publicadas en la revista se encontraban protegidas constitucionalmente.

El caso representa otro precedente positivo desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión: fundamenta sus razonamientos en los precedentes de la SCJN que hemos comentado –un signo de práctica jurisdiccional madura–, ratifica la asunción de los criterios del SIDH y es el primero en esta materia en el que, tras las reformas de junio de 2011, opera a nivel constitucional con los tratados internacionales suscritos por México y atiende el método de interpretación *pro-persona*.

La SCJN empieza por realizar un encuadre cuidadoso de las pretensiones y posiciones de las partes: por un lado identifica lo que estima es el derecho al honor del periódico actor en su aspecto objetivo –su reputación o "el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros"–¹¹¹ y por el otro analiza la naturaleza de la publicación objeto de la disputa y concluye que se trata de una columna: "un instrumento de comunicación que persigue la defensa de las ideas, la creación de un estado de opinión y la adopción de una postura determinada [sic] respecto";¹¹² tratándose de un texto argumentativo, se destaca, el análisis constitucional debe centrarse en la evaluación del ejercicio de la libertad de expresión, no de la libertad de información.

Después, sintetiza algunos puntos centrales en el contexto de la premisa normativa que debe presidir la resolución del caso, según la jurisprudencia aplicable: el carácter esencial de la libertad de expresión en su doble faceta en la estructura del Estado constitucional, sus implicaciones para el ejercicio de las demás formas de libertad, su posición de "piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática".¹¹³ "En las sociedades democráticas",

¹¹⁰ Para una relación detallada de los antecedentes procesales del caso *vid.* páginas 1-5 de la resolución.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 52.

¹¹² *Ibid.*, p. 56.

¹¹³ *Ibid.*, p. 62.

destaca la SCJN, "es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión que el riesgo de una restricción general de la libertad correspondiente".¹¹⁴ La sentencia también reitera el carácter "preferencial" de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad y, atendiendo a los elementos del caso bajo estudio, subraya que la protección de las libertades de expresión e información "alcanzan un nivel máximo cuando dichos derechos se ejercen por los profesionales del periodismo a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción".¹¹⁵ La SCJN acoge el estándar del "sistema dual de protección" de la RELE, que gradúa los umbrales de protección atendiendo a la relevancia pública de las actividades que ciertas personas desempeñan en una sociedad democrática y recuerda que, bajo el estándar de la "real malicia", la condena por daño moral a raíz de la emisión de opiniones, ideas o juicios requiere que éstos hayan sido expresados con la intención de dañar –algo que debe acreditarse mediante prueba idónea, que la SCJN remite a la nota publicada y su contexto–.

Sobre las bases anteriores, la sentencia hace a mi juicio dos aportaciones especialmente importantes: primero, define qué tipo de sujetos son los medios de comunicación a efectos del análisis constitucional, y segundo, muestra cómo debe hacerse un análisis detallado encaminado a distinguir en un caso concreto las expresiones que se encuentran constitucionalmente amparadas y las que no.

Respecto a lo primero, la SCJN destaca el papel esencial de la prensa en la difusión de información e ideas en una sociedad democrática y de ello desprende que los medios de comunicación, de la mano de los líderes de opinión, son una tercera especie de "figura pública"; no son servidores públicos ni personas privadas con proyección pública, pero el rol que desempeñan dentro del sistema democrático les otorga ese mismo estatus: "Si la prensa goza de la mayor libertad y del más amplio grado de protección para criticar personajes con proyección pública", apunta, "es no sólo lógico sino necesario concluir que la crítica a su labor también debe gozar de la mayor libertad y más amplio grado de protección, pues de lo contrario se estaría dotando a una persona, en este caso un medio de comunicación impreso, de un gran y desequilibrado poder para criticar impunemente, opinando e informando sin ser sujeto del mismo escrutinio público que pregona, ejerce y cuya protección invoca".¹¹⁶ La SCJN destaca además que en el debate público la réplica y la contra-argumentación son las mejores herramientas para defender una actuación o punto de vista y que "nadie tiene un mayor acceso al

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 62-63.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 63.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 86-87.

derecho de réplica que un medio de comunicación, máxime si se trata de un rotativo cuya publicación es diaria".¹¹⁷

En cuanto al segundo punto, la sentencia señala que la presunción de constitucionalidad de que goza todo discurso expresivo deriva de que el Estado tiene una obligación primaria de mantenerse neutral frente a los contenidos de las opiniones para garantizar que no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público. Además, destaca, aunque la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, "tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias"¹¹⁸ y que el contexto social o político de un Estado puede disminuir la significación ofensiva de la expresión y aumentar el grado de tolerancia que le es debido. La Sala sostiene que "las expresiones que están excluidas de protección constitucional son aquéllas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: (i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; y (ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado".¹¹⁹ A su juicio,

El debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública en general [...]. Al respecto, si bien es cierto que cualquier individuo que participe en un debate público de interés general debe abstenerse de exceder ciertos límites, como el respeto a la reputación y a los derechos de terceros, también lo es que está permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, puede ser un tanto desmedido en sus declaraciones, y es precisamente en las expresiones que puedan ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar donde la libertad de expresión resulta más valiosa.¹²⁰

Tras un análisis detallado de la publicación, la Sala concluye que el tema tratado en la columna sí reviste relevancia pública y además se refiere a una figura pública, de modo que a la luz del estándar de la real malicia propio del sistema dual de protección acogido por el ordenamiento jurídico mexicano y habida cuenta de los más específicos criterios que acabamos de referir, no había base para conceder el amparo. Como también ha destacado la RELE, dice

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 87.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 71-72.

la Corte: "uno de los mecanismos idóneos tendientes a promover el comportamiento ético de los medios de comunicación, es la crítica a los propios medios de comunicación".¹²¹

IV. Conclusión

En este trabajo hemos dado cuenta de los principales criterios que deben orientar la reconstrucción del significado del derecho a la libertad de expresión consagrado en nuestras normas fundamentales, y en particular los que deben orientar el abordaje de los casos en que sus implicaciones son menos obvias, o aquellos en que deben ser armonizadas con las derivadas de otros derechos o bienes de carácter fundamental.

Aunque la práctica constitucional en torno a la protección de la libre expresión debe entenderse como el resultado de un amplio intercambio colectivo desarrollado con la participación de muchos actores (legisladores, activistas ciudadanos, administradores, jueces, etcétera) en este trabajo, tras identificar las fuentes textuales básicas en referencia a las cuales, de algún modo, este debate se desarrolla, hemos dado cuenta de los pronunciamientos de dos instancias con un papel distintivo en el esquema institucional de protección del derecho: los organismos del sistema interamericano de derechos humanos –especialmente la Corte IDH– y la SCJN.

La síntesis de estándares elaborada por la RELE de la CIDH confiere a los intérpretes guías generales muy valiosas acerca de cómo operar con el derecho, a la luz de lo dicho en una cantidad importante de decisiones por la Corte IDH y por la CIDH, y deberían servir para propiciar incursiones más detenidas en el cuerpo decisorio interamericano que ayuden a evitar un riesgo conocido: caer en una adhesión meramente retórica a esta libertad.

La selección de sentencias de la SCJN presentadas y comentadas en la sección anterior, por su parte, esboza un panorama no exhaustivo pero sí representativo del modo en que el órgano que preside justicia constitucional mexicana ha enfrentado y resuelto en los años recientes casos de libertad de expresión, ilustrando en varias vertientes episodios de su "vida cotidiana" en México. Con la excepción del caso *bandera*, en el cual la SCJN no halla el modo de cuestionar una norma penal que disuade a todos y acalla la disidencia individual, los restantes evidencian un indudable sentido general de progreso: aun con los problemas que presentan los contornos del marco legal para la exigencia de responsabilidades posteriores –en particular la subsistencia en los libros de leyes de imprenta con previsiones parcialmente incompatibles con la libertad de expresión, que no facilitan sino que dificultan la ponderación

¹²¹ *Ibid.*, p. 94.

adecuada de los derechos que se cruzan en los ámbitos analizados y la ausencia de leyes específicas orientadas a reforzar el entorno de ejercicio de esta libertad (leyes sobre derecho de réplica, leyes específicas sobre conflictos entre expresión y derechos de la personalidad, leyes de apoyo al ejercicio de la profesión periodística, etcétera)— observamos ejercicios razonables de resolución de conflictos que dan, en términos generales, su lugar a un derecho cuya filosofía básica no es difícil de entender: la libertad fundamental de decir lo que uno piensa, de disentir, de discutir, de ser incómodo, de participar en una práctica colectiva cuyo vigor debe ser cuidadosamente preservado porque define una parte esencial de la idea de autogobierno democrático, y el derecho a exigir a las autoridades públicas que, en el ámbito de sus competencias, impulsen las muchas medidas que son necesarias para garantizar suficientemente su vigencia cotidiana, tanto en el mundo público como en el de las relaciones privadas.

Crerios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Facultad de Atracción 107/2010. Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=120055>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de Atracción 108/2010. Decisión del 24 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=120058>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de Atracción 31/2009. Decisión del 22 de abril de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=106877>> (19 de junio de 2013).
- Facultad de Atracción 46/2009. Decisión del 3 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108285>> (19 de junio de 2013).
- Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183.
- Ejecutoria: P./J. 46/2007 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006. SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, p. 1623. Reg. IUS. 20382.
- Amparo en Revisión 2676/2003. Sentencia definitiva 5 de octubre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=62928>> (19 de junio de 2013).

- Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva 29 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1057/2010. Sentencia definitiva 10 de agosto de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117945>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 17/2011. Sentencia definitiva 18 de mayo de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123732>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1580/2003. Sentencia definitiva 4 de octubre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61305>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1496/2008. Sentencia definitiva 5 de noviembre de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102423>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 27/2009. Sentencia definitiva 22 de febrero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105049>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1302/2009. Sentencia definitiva 12 de mayo de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110591>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 2214/1998. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=22818>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 28/2010. Sentencia definitiva 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>> (19 de junio de 2013).

- Amparo Directo 1/2010. Sentencia definitiva 8 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115002>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 6/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 12/2009. Sentencia definitiva 7 de octubre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 3/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124353>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 4/2011. Sentencia definitiva 30 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124458>> (19 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
- Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010* de 7 de marzo de 2011. OEA/Ser.L/V/II Doc. 5.
- CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Capítulo III*. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser. L./V/II/Doc. 51.
- CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, 17 febrero 1995. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev.