

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Programa de capacitación *in situ*.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión,
Comisión Interamericana de Derechos Humanos,
Organización de Estados Americanos, Washington, D.C.
Abril de 2009.

Francisca M. Pou Giménez
Ponencia del Ministro Cossío Díaz

Informe interno.

La libertad de expresión en América Latina

El presente documento sintetiza los temas en los que centré mi trabajo durante la visita a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos en marzo de 2009. No citar ni reproducir sin el permiso expreso de la autora.

I. Objetivos.

El objetivo central de la capacitación de este año era realizar un programa de lecturas que me permitiera actualizar y ampliar conocimientos sobre litigio y teoría constitucional en materia de libertad de expresión y derecho a la información (predominantemente la primera).

Como es sabido, la Suprema Corte mexicana está actualmente inmersa en proceso de revisión profunda de su jurisprudencia histórica en materia de derechos fundamentales. Por razones estrechamente ligadas al proceso de transición política que ha atravesado México —sobre el cual no tiene sentido extenderse en el contexto de este Informe, pero cuyos rasgos básicos son conocidos por todos— la Suprema Corte está paulatinamente asumiendo el pleno ejercicio de sus funciones como garante de los derechos individuales frente a la actuación de las mayorías, y ello exige una revisión

exhaustiva de todo el utillaje argumental, e incluso conceptual y terminológico usado tradicionalmente por la misma.

Todas estas necesidades son particularmente acuciantes en un campo que es central en el litigio constitucional en todas las épocas pocas y en todos los países: la libertad de expresión. Durante los primeros años trabajados en la ponencia del Ministro Cossío, la tónica general fue la llegada a la Corte de una asombrosamente reducida cantidad de casos de libertad de expresión¹, aunque el contenido de decisiones como la emitida en llamado “caso bandera”² —que suscitó primero un debate interno sin precedentes en el seno de la Corte y posteriormente una oleada intensa de comentario académico— evidenció en su profunda contradictoriedad que el litigio constitucional en el área no podría continuar igual por mucho tiempo. Entendiblemente criticado y desencadenante de un enérgico disenso por parte de nuestra Ponencia, el “caso bandera” dejó, paradójicamente, un legado argumental que abrió el paso a una abierta disposición a renovar por fin los paradigmas tradicionales.

En los últimos tiempos han llegado a la Corte casos de libertad de expresión de un perfil mucho más alto y específico. El caso “ley de medios”, en el que se debatían cuestiones de las que dependía la actuación de las televisoras y otros medios de comunicación así como la garantía de los presupuestos tecnológicos del pluralismo informativo, fue indudablemente un caso muy importante³. Las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparos contra la reforma constitucional al artículo 6° de la Constitución, por su parte, provienen de casos cuyos argumentos de fondo son argumentos sobre libertad de expresión (en tanto la reforma introduce prohibiciones de contratación privada de propaganda electoral que han sido

1 Véase el libro editado por Santiago Vázquez, *Libertad de Expresión* (Porrúa, México DF, 2007), que recopila una serie de trabajos que comentan sentencias específicas sobre el tema, y en especial su estudio introductorio, donde se identifican los casos en la materia fallados por la Corte en estos años.

2 Amparo en revisión 2676/2003.

3 Acción de inconstitucionalidad 26/2006.

cuestionadas precisamente desde esa perspectiva)⁴; aunque la Corte los haya tenido que abordar por el momento desde la perspectiva de las reglas de procedencia para el acceso a las distintas vías de control jurisdiccional de constitucionalidad, no hay que descartar que en una segunda etapa den pie todavía a un caudal importante de debate jurídico desde la perspectiva de la libertad de expresión. Y en tercer lugar, están empezando a arribar amparos en los que ciudadanos o personas jurídicas planten conflictos “clásicos” entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad (honor, intimidad, secreto de las comunicaciones, imagen)⁵, los cuales, insisto, no sería ni deseable y seguramente ya ni viable resolver desde la perspectiva tradicional. Por eso resultaba adecuado, precisamente ahora, dedicar un tiempo a ampliar las herramientas con las que emprender la revisión de fondo y forma que requiere la adecuada resolución de todos ellos.

El plan de trabajo se estructuró sobre dos ejes fundamentales. El primero pivotó en torno al estudio sistemático de los principales estándares manejados en el sistema interamericano de derechos humanos para la resolución de casos de libertad de expresión, resultado no solamente de la sistematización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también de las consideraciones derivadas de los Informes de la Comisión Interamericana, de los anuales de la propia Relatoría Especial y de documentos complementarios del sistema como la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del año 2000 (108º Período de Sesiones), la Carta Democrática Interamericana o la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México el 11 de marzo de 1994.

⁴ Véase la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007. Asimismo, a manera de muestra véanse los amparos en revisión 186/2008 en contra de las reformas a la Constitución y el 521/2008 contra las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales

⁵ Es el caso de la Facultad de Atracción 31/2009 y de los amparos directos en revisión 1496/2008 y 2044/2008 (este último en trámite).

La relevancia de manejar con rigor y profundidad los estándares normativos del sistema interamericano se relaciona con los mismos motivos que explican la centralidad de la libertad de expresión en la canasta de casos que la Suprema Corte mexicana confronta en el momento actual. La evolución política del país no solamente ha provocado un reacomodo de las relaciones entre poder legislativo y poder judicial, al menos en el área fundamental del litigio de derechos fundamentales, con el consiguiente aumento del grado de justiciabilidad real de estos últimos, sino también un reajuste en las relaciones entre derecho de fuente interna y derecho de fuente internacional. Los ciudadanos reivindican con más frecuencia que antes pretensiones jurídicas derivadas de los convenios de derechos humanos —particularmente el Pacto de San José— y la labor de los tribunales mexicanos de última instancia —y de la Suprema Corte en particular— está siendo objeto de supervisión y de examen jurídico, en su condición de “acción estatal” globalmente evaluable a la luz de las normas del sistema, con más frecuencia que en ningún otro momento anterior. Es relativamente previsible que en un momento no lejano la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de libertad de expresión sea objeto de revisión por parte de la Corte Interamericana en el contexto de casos que la obliguen a analizar si México ha cumplido sus obligaciones bajo el artículo 13 de la Convención (el que consagra la libertad de expresión).

El segundo objetivo era localizar jurisprudencia, producción académica y documentos relevantes en el contexto del derecho constitucional comparado. Aunque la lectura no podía ser, naturalmente, exhaustiva, el objetivo era tomar un tiempo para revisar casos judiciales y debates en puntos no cubiertos por los estándares del sistema interamericano —lógicamente el rango o ámbito de problemas que se discuten a nivel constitucional es infinitamente más extenso y detallado que el que llegan a gestionarse al nivel de sistemas internacionales de protección, concebidos para asegurar el goce aspiracionalmente uniforme de un núcleo mínimo de titularidades individuales en el contexto de los Estados miembros—.

Aunque en este documento no me detendré en descripciones detalladas, sí hay que decir que el acceso a bibliografía especializada⁶ me permitió armar un mapa de problemas o temas abordados por los tribunales de un abanico representativo de jurisdicciones (EEUU, Canadá, Reino Unido, algo de Australia y Nueva Zelanda, Alemania y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentalmente) que facilitarán sin duda el estudio de las que podamos tener que abordar pronto (en los limitados tiempos de que dispone una Corte cuando los asuntos llegan). En particular, exploré cuestiones relacionadas con:

A) La siempre compleja delimitación *prima facie* del derecho (el modo en que los tribunales constitucionales extranjeros han respondido la pregunta de qué puede considerarse o no “expresión”; si qué tipo de “libertad” es, si es un derecho meramente negativo o si es también positivo; la relación entre discurso y conductas expresivas (quemar de banderas, danza desnuda, etcétera); la relación entre discurso y dinero; la relación entre libertad de expresión y derecho a no hablar; la relación entre libertad de expresión y derecho a usar determinadas lenguas, etcétera).

B) El discurso comercial (sobre todo la discusión básica que plantea si merece estar incluido en el núcleo del derecho o no, o con qué intensidad debe ser protegido; los argumentos a favor y en contra de la inclusión —interés de los consumidores en la información comercial, interés en la libre circulación de información comercial, paternalismo, etcétera—.

⁶ Véanse, especialmente, Eric Barendt: *Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2007); Don Pember y Clay Calvert: *Mass Media Law* (McGraw Hill, 2008); Barton Carter *et al.*: *Mass Communication Law (Nutshell Series)* (West, 2006); Jerome Barron *et al.*: *First Amendment Law (Nutshell Series)* (West, 2008); Frederick Schauer: *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press, 1982); Owen Fiss: *The Irony of Free Speech* (Harvard University Press, 1996); Larry Alexander: *Is there a Right of Freedom of Expression?* (Cambridge University Press, 2005).

C) El derecho a la intimidad de los funcionarios públicos y de las personas en general “públicas” o famosas (mapeo de las diferentes formas de intrusión en la intimidad de las personas, estudio de los argumentos en los que reposa la resolución de conflictos entre intimidad y expresión o información en el derecho comparado, tradición americana versus tradición europea más comparativamente más protectora del derecho a la intimidad).

D) Libertad de expresión y proceso judicial (argumentos a favor del principio de la “justicia abierta”, argumentos que parecen derrotarlo en distintos ámbitos, etcétera).

E) Libertad de expresión y pornografía (cobertura prima facie del material sexualmente explícito en el ámbito de la libertad de expresión, sobre todo en la jurisprudencia de los Estados Unidos, exclusión de material radical; argumentos fuentes legítimas de límites, particularmente en los modos de comercialización: conservación del “tono moral”, conexiones con la comisión de crímenes sexuales, otros daños a niños y a las mujeres).

II. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión reunía las características idóneas para alcanzar los objetivos de la capacitación. La Relatoría Especial para la Libertad es una de las Relatorías especializadas que han sido creadas dentro del complejo institucional que alberga la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro del esquema institucional todavía más general de la Organización de Estados Americanos, con el fin de prestar especial atención a temas que, desde la perspectiva de una agenda razonable de derechos humanos para las Américas, se consideran

especialmente sensibles. Actualmente hay ocho Relatorías especializadas⁷, pero la de Libertad de Expresión es la única que cuenta con una infraestructura institucional permanente, y en general ocupa una posición decididamente especial en el contexto de todas ellas, lo cual evidencia la importancia del derecho a la libre expresión en el contexto jurídico-político del continente, como consecuencia del reconocimiento generalizado de su centralidad en el proceso histórico que ha ido democratizando paulatinamente América Latina.

La Relatoría Especial fue creada en octubre de 1997 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 97º Período Ordinario de Sesiones. Los relatores son nombrados por la Comisión, después de un concurso público de méritos, por un período de dos años. Desde octubre de 2008 la Relatora Especial es Catalina Botero Marino, una abogada colombiana con una amplia experiencia académica y jurisdiccional previa en la materia. Durante sus casi doce años de funcionamiento, la Relatoría ha promovido o impulsado las libertades de expresión e información desplegando actividades muy distintas, tres de las cuales me parecen especialmente destacables⁸. En primer lugar, la Relatoría lleva a cabo una muy importante labor de seguimiento de producción formalmente jurídica, tanto la emanada de los órganos del sistema como la derivada de la actividad de los Estados miembros. Una parte muy importante de los Informes anuales se dedica a dar cuenta de esta actividad de supervisión jurídica y nos detendremos en ella en la sección siguiente.

En segundo lugar, la Relatoría participa activamente en el despliegue de las responsabilidades centrales de los órganos del sistema, y en esa medida despliega un impacto de intensidad variable en la configuración o evolución de los estándares

⁷ Además de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión están la de Derechos de la Mujer, Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos de Personas Privadas de Libertad, Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial y Derechos de la Niñez, y la Unidad de Defensores de Derechos Humanos.

⁸ Para una descripción completa de las funciones y actividades de la Relatoría, consúltese el Capítulo I del Informe 2008 (Volumen III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008).

normativos del Sistema. Así, la Relatoría asiste a las sesiones y audiencias que la Comisión Interamericana celebra en Washington varias veces al año, puede coadyuvar al estudio de casos, elaborar Informes especiales sobre casos que se están viendo en el Sistema, o estudios focalizados sobre cuestiones de especial interés; además, puede asistir a la Comisión en la presentación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica.

Una tercera función central de la Relatoría se mueve en el plano de la acción socio-política y se traduce en Informes de países, visitas, viajes de promoción, participación en seminarios, etcétera. Este tipo de actividades impulsan la sensibilización y capacitación de funcionarios públicos, periodistas y defensores del derecho a la libre expresión, y permiten a la Relatoría tener conocimiento de primera mano sobre sucesos y procesos de su interés.

III. El sistema interamericano: el Informe 2008 y los estándares básicos.

Es tradición en los Informes anuales de la Relatoría incluir un capítulo teórico sobre áreas jurisprudenciales específicas dentro sus ámbitos de encomienda o sistematizaciones generales relevantes desde ese mismo punto de vista. El capítulo III del Informe 2008, en esa línea, contiene una sistematización exhaustiva y clara de la totalidad de criterios y decisiones relevantes para reconstruir el marco normativo de la libertad de expresión tanto en un abanico significativo de dimensiones generales (importancia, función, alcance y tipo de limitaciones al ejercicio del derecho que los Estados pueden legítimamente imponer) como sobre aspectos más puntuales que la OEA ha instado a la Relatoría, a través de resoluciones de su Asamblea General, a tomar en especial consideración: el derecho de acceso a la información, la prohibición de la censura y las restricciones indirectas, la situación de los periodistas y los medios de comunicación social, la libertad de expresión de los funcionarios públicos, y la libertad de expresión en el ámbito de los procesos electorales.

El estudio es muy completo y directamente relevante para los jueces estatales porque, como he anunciado, refleja y sistematiza no sólo los estándares que derivan de las diez sentencias y dos opiniones consultivas que ha dictado la Corte Interamericana en materia de libertad de expresión⁹, sino también lo establecido por la Comisión Interamericana en sus Informes, las exigencias derivadas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana o la Carta Democrática Interamericana, y los criterios o directivas contenidas en las Declaraciones conjuntas de los Relatores para la Libertad de Expresión de la Organización para los Estados Americanos, las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa.

Las referencias a pie de página identifican en todo momento la fuente de la que se extraen los criterios, lo cual permite fácilmente por ello mismo calibrar la intensidad de su fuerza vinculante en el ordenamiento interno, esto es, permite saber qué estándares provienen de qué documento de qué organismo del sistema —y distinguir, por ejemplo, qué es lo que se ha dicho en sentencias de la Corte Interamericana, directa y centralmente vinculantes para las cortes de los países que han reconocido su jurisdicción, y lo que deriva por el contrario de documentos cuya naturaleza puede ser más persuasiva que jurídicamente vinculante—.

⁹ Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros v. Chile*). Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73; caso *Ivcher Bronstein v. Perú*. Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74. Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107. Caso *Ricardo Canese v. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135. Caso *Claude Reyes y otros v. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151. Caso *Eduardo Kimel v. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Caso *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia del 27 de enero de 2009. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193. *Ríos y otros v. Venezuela*. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 194 *Perozo y otros v. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos). OC-5/85, 13 de noviembre de 1985. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos), OC-7/86, de 29 de agosto de 1986.

El resultado es una síntesis doctrinal y jurisprudencial extraordinariamente clara y rigurosa —en un estilo, por cierto, que la hace casi directamente incorporable en el tipo de argumentación característica de las sentencias de un tribunal constitucional—, que además presenta la versión más garantista disponible del marco protector de la libertad de expresión en el sistema interamericano, pero sin dar pie a equívocos respecto de la identidad de las fuentes institucionales responsables del desarrollo sus diferentes dimensiones, intensidades, apartados y matices. A continuación describo brevemente las cuestiones abordadas en cada uno de los apartados del estudio.

a) Importancia y función del derecho a la libertad de expresión (párrafos 3 -10)

El Informe comienza exponiendo las razones por las cuales la libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho de especial transcendencia dentro del sistema, y destaca un rasgo que me parece que los tribunales estatales —y en particular nuestra Suprema Corte— deben muy tener presente a la hora de dictar sus resoluciones: que el sistema interamericano constituye el régimen de protección internacional de los derechos humanos “más favorable” para los ciudadanos, lo cual tiene consecuencias inmediatas en todos los ejercicios de jurisdicción en los que resulte aplicable.

El Informe destaca, efectivamente, que si se comparan por un lado el artículo 13 de la Convención Americana, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana con las disposiciones relevantes de otros tratados internacionales de derechos humanos, por otro (por ejemplo, con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o con el artículo 10 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos), las primeras son las más generosas. Ello es especialmente evidente en el punto relativo a censura previa, descartada de entrada en el sistema interamericano a menos que estemos ante la excepción extremadamente acotada que aplica respecto de ciertos espectáculos públicos para la protección de la infancia y la adolescencia. En los otros tratados de

derechos humanos la exclusión de los controles previos no es tan categórica y, por tanto, bajo la mecánica del principio *pro homine*, las previsiones aplicables serán las interamericanas. En el contexto interamericano, en otras palabras, no resultan aplicables las restricciones previstas en otros instrumentos internacionales, y no pueden utilizarse estos últimos para interpretar en forma restrictiva la Convención Americana.

Por lo demás, el Informe se hace eco también en este apartado inicial de las funciones que en multitud de ocasiones han sido identificadas como las centrales en el plano de la justificación del derecho a la libre expresión y que, teniendo sus raíces en el debate filosófico, desempeñan quizá con más frecuencia de lo esperado un papel activo en los ejercicios de aplicación del derecho (sobretudo en contextos ponderativos): a) su función como derecho especialmente importante para el desarrollo de la individualidad de los individuos, imprescindible para hacer posible el pensamiento por cuenta propia y la creatividad; b) su función como elemento que hace posible el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos, por el papel que desempeña en la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole, y c) su función como coadyuvante del ejercicio de los demás derechos fundamentales

b) Características del derecho a la libertad de expresión (párrafos 11-18)

El Informe se refiere, en segundo lugar, a aspectos relacionados con la titularidad del derecho —aspecto sobre el cual, sin embargo, no se extiende— y con su también muy frecuentemente destacada doble dimensión. El derecho a la libre expresión tiene, se dice, una doble dimensión, porque por un lado garantiza a cada persona la posibilidad de expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones (ésta es la dimensión individual) y por otro permite a la sociedad procurar y recibir cualquier información, conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y estar bien informada (ésta es la dimensión colectiva o social). Tan importante es, entonces, el derecho de los

individuos a comunicar a los demás informaciones, opiniones, relatos o noticias, como el derecho de los demás a recibirlos sin interferencias indebidas. El Informe refiere el modo en que la Comisión y la jurisprudencia de la Corte han subrayado la interdependencia de esas dos dimensiones y la necesidad de garantizarlas simultáneamente en forma plena.

Finalmente, el Informe hace referencia a la existencia de deberes y responsabilidades que forman parte del contenido de la libertad de expresión, algunos de los cuales pueden ser ligeramente distintos según la posición de la persona que lo ejercite (ciudadano normal, periodista, etcétera)

c) Tipos de discurso protegidos por la libertad de expresión (párrafos 19-55)

El tercer apartado sintetiza lo que las normas y resoluciones de los órganos del sistema han establecido o especificado en materia de *formas* de expresión y modalidades de *contenido* expresivo abarcado por la libertad de expresión.

La descripción de las *formas* de expresión protegidas arroja un panorama muy amplio, pues el derecho reconocido en el artículo 13 cubre en principio la posibilidad de expresarse “en todas sus formas y manifestaciones”, e igualmente son muy amplias las formas en las que las personas pueden buscar, recibir y difundir información y opiniones. Dado que el Informe se refiere siempre a la libertad de expresión entendida en un sentido amplio (bajo el cual abarca los derechos relacionados con datos personales y el derecho de acceso a la información), incluye también referencias al modo en que el sistema garantiza el acceso en forma expedita y no onerosa a datos personales contenidos en bases de datos y registros públicos o privados, el derecho a actualizarlos, rectificarlos o enmendarlos, y el derecho de acceder a la información que esté en poder de las autoridades estatales.

Algunas de las modalidades formales de expresión del derecho han sido reconocidas por los textos y sentencias del sistema como derechos independientes: el derecho a hablar; el derecho de las personas a utilizar el idioma que elijan para expresarse; el derecho a escribir (esto es: a expresar en forma escrita o impresa los pensamientos, ideas, información u opiniones); el derecho a difundir las expresiones habladas o escritas de pensamientos; el derecho a la expresión artística o simbólica y a la difusión de esa expresión artística; el derecho de acceder al arte en todas sus formas; el derecho a buscar, a recibir y a acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole; el derecho de tener acceso a la información sobre sí mismo contenida en bases de datos o registros públicos o privados; el derecho a actualizarla, rectificarla o enmendarla; el derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio; y el derecho a transportar dicha información y a distribuirla.

Más allá de las formas expresivas está, sin embargo, lo que los criterios doctrinales y jurisprudenciales del sistema interamericano han especificado en el plano del tipo de *contenido* factual o expresivo protegido por el derecho. En este plano el entendimiento del artículo 13 de la Convención se hace a través de un esquema con tres elementos: a) presunción general de protección; b) identificación de discursos especialmente protegidos; y c) identificación de discursos no protegidos. Sobre la presunción no hay mucha necesidad de extenderse: en el sistema debe partirse de una presunción de cobertura *ab initio* de todo tipo de discursos expresivos, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores.

Muy relevante es en cambio la sistematización que los apartados 2.2.1 y 2.2.3 (párrafos 33 a 51) del Informe realizan sobre los tipos de discurso a los que el sistema concede una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia: (a) el discurso político y sobre asuntos de interés público; (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la

dignidad personales de quien se expresa. Lo que esta parte del Informe sintetiza me parece de trascendental importancia para los tribunales mexicanos del orden civil y penal y para los tribunales federales de control constitucional, en primer lugar porque son criterios que derivan casi todos ellos de jurisprudencia de la Corte Interamericana y que son, en esa medida, directamente vinculantes para ellos, y porque personalmente estimo que siguen llegando a los tribunales mexicanos casos resueltos bajo cuerpos normativos —o de conformidad con métodos de interpretación y aplicación del derecho— que hay motivos suficientes para pensar que no superan sus exigencias.

La especial protección de los dos primeros tipos de discurso se asocia, evidentemente, al papel desempeñado por la libertad de expresión y el derecho a la información en el funcionamiento de la democracia representativa. Este importante vínculo ha llevado a que en muchos países se afirme que la libertad de expresión goza de una posición preeminente en el conjunto del sistema de derechos, que goza de una especie de “plus” con clara virtualidad al momento de resolver conflictos de derechos en los casos concretos. El Informe sintetiza del siguiente modo las tesis sustentadas por la jurisprudencia de la Corte sobre este punto:

“El funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública; la gestión pública y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana. De allí que el adecuado desenvolvimiento de la democracia requiera la mayor circulación de Informes, opiniones e ideas sobre asuntos de interés público”¹⁰ (párr. 33)

¹⁰ Párr. 33, con cita interna a los casos *Eduardo Kimel*, *Claude Reyes y otros*, *Palamara Iribarne y Herrera Ulloa*. Datos de identificación, supra nota 9.

El Informe subraya los vínculos entre el pleno ejercicio de esa libertad y el combate contra la corrupción, y lo imprescindible de admitir y proteger discursos que pueden irritar o inquietar al gobierno o a parte de la ciudadanía cuando se trata de informaciones y expresiones atinentes a asuntos de interés público, al Estado y sus instituciones, con la consiguiente existencia de una obligación estatal de abstenerse de imponer restricciones sobre los mismos. El Informe destaca que ello se vincula a la exigencia de que el sistema jurídico de los Estados sea especialmente generoso en el acceso en la información sobre asuntos públicos, reconozca la especial importancia de los medios de comunicación —tanto la de sus directivos como la de los periodistas que en ellos laboran— por su papel en la investigación y difusión de informaciones y opiniones sobre asuntos de interés público¹¹, y acote los riesgos de propiciar dinámicas de autocensura.

El Informe destaca como segundo tipo de discurso especialmente protegido por las normas del sistema interamericano el discurso sobre funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, así como el discurso sobre candidatos a ocupar cargos públicos (fundamentalmente en el contexto de las campañas electorales). Los motivos son en todo momento análogos a los que subyacen a la especial protección otorgada al discurso político y sobre asuntos de interés público en general.

Con posterioridad el Informe sintetiza los hechos y los fundamentos de derecho de cuatro casos muy relevantes dentro del sistema: el caso *Palamara Iribarne*, el caso *Herrera Ulloa*, el caso *Ricardo Canese* y el caso *Eduardo Kimel*¹², todos los cuales ejemplifican el tipo de discurso expresivo e informativo —y el tipo de contexto expresivo e informativo— sobre el cual se proyectan las protecciones normativas centrales de la Convención.

¹¹ En este punto la sentencia relevante es *Ivcher Bronstein vs. Perú*, supra nota 9.

¹² Vid. supra, nota 9.

El tercer tipo de discurso que, según la Relatoría, vale la pena identificar como “especialmente protegido” bajo la Convención Americana es el discurso expresivo de *elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad de quien se expresa*. De nuevo me parece un criterio que no está todavía en el radar de los tribunales mexicanos y que debería pronto estarlo, pues la Corte Interamericana lo ha desarrollado a la luz de la garantía del derecho a la libertad de expresión y de previsiones (prohibición de discriminación, protección de la dignidad, respeto al pluralismo cultural) que la Constitución mexicana recoge, y de una manera más amplia y más enfática que los documentos interamericanos en los que la Corte ha fundamentado sus apreciaciones. La Relatoría destaca que en el caso *López Álvarez v. Honduras*¹³ la Corte señaló que el derecho al uso de la lengua por parte de los grupos étnicos o minoritarios es uno de los elementos más importantes desde la perspectiva de la identidad de una etnia, porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura, uno de los elementos que diferencian a las personas indígenas de la población general y conforman su identidad cultural. Por ello concluyó que la prohibición de usar la lengua propia, en tanto forma de expresión de la pertenencia a una minoría cultural, es especialmente grave, atenta contra la dignidad personal de sus miembros y resulta discriminatoria.

El Informe se refiere a otro tipo de discurso que, por las mismas razones, debe ser objeto de protecciones especiales dentro del sistema, por expresar un elemento integral de la identidad y dignidad personales: *el discurso religioso y el que expresa la propia orientación sexual y la identidad de género*. El Informe destaca que el artículo 12-1 de la Convención, al proteger la libertad de conciencia y de religión, dispone expresamente que este derecho implica “la libertad de profesar y divulgar su religión y sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”, y que según el artículo 12-3 “la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. La especial protección de los discursos que

¹³ Corte IDH. Sentencia del 1º de febrero de 2006, Serie C No. 141.

expresan la orientación sexual y la identidad de género también deriva de su estrecha relación con la dignidad y la igualdad, subraya el Informe, en congruencia con la importancia que a los mismos concede una resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la 2435/08¹⁴.

La síntesis del Informe sobre estos puntos es, en conclusión, estructurada y útil, y refleja un núcleo duro de protección normativa a la expresión que el sistema interamericano garantiza al máximo nivel y que los tribunales constitucionales de los Estados deberían tomar fundamentalmente como algo dado. La síntesis permite apreciar que el punto menos desarrollado por la jurisprudencia interamericana es el de qué pueda considerarse quede incluido en la noción de discurso sobre “asuntos de interés público”, expresión que de momento funciona como una categoría residual, muchos menos clara que el resto de criterios descriptores de lo “especialmente protegido”. La categoría, sin embargo, desempeña una función sobradamente justificada en tanto deja espacio para que sea la resolución de casos —la resolución de conflictos de derechos que, como apuntaré en el próximo apartado, hay que pensar que serán paulatinamente más variados— la que vaya dando la pauta al respecto.

Finalmente, el Informe se refiere a lo que la jurisprudencia y las normas del sistema instan a calificar de “discurso no protegido” bajo el artículo 13 de la Convención: (a) la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia, expresamente prohibido por la fracción 5 del mismo — “[e]stará 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”—; (b) la incitación directa y pública al genocidio, proscrita expresamente por la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y también por las normas de derecho

¹⁴ AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

internacional consuetudinario; y (c) la pornografía infantil, también absolutamente prohibida por la Convención sobre los derechos del niño, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil. La Relatoría concluye que esta prohibición, leída en conjunto con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, implica necesariamente que la pornografía infantil, en tanto forma discursiva violentamente lesiva de los derechos prevalecientes de los niños y de su interés superior, ha de estar excluida del rango de la protección otorgada por el artículo 13.

d) Límites a la libertad de expresión (párrafos 56-139)

En cuarto lugar el Informe sistematiza los estándares que los tribunales estatales no pueden desconocer si desean resolver los conflictos de derechos que característicamente plantea el ejercicio de la libertad de expresión de un modo respetuoso con las bases normativas del sistema.

Los estándares son claros y no muy numerosos. Su carácter reiterado y consolidado en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no implica, obviamente, que sean los únicos relevantes para resolver adecuadamente un conflicto de derechos fundamentales a nivel constitucional, ni que la Suprema Corte mexicana, como el resto de tribunales constitucionales del sistema, deban adoptarlos como test canónico único o exclusivo para abordar este tipo de cuestiones jurídicas dentro de su jurisdicción. Los Estados pueden tener textos constitucionales o tradiciones jurisprudenciales que los insten a efectuar la supervisión de las limitaciones de derechos de una manera distinta; en cualquier caso, estos ejercicios serán sometidos al control de “convencionalidad” interamericana de conformidad con el *test* tripartito que el Informe

sintetiza y al que a continuación nos referiremos. El mismo me parece, en cualquier caso, suficientemente amplio para albergar ese abanico de variaciones metodológicas razonables —para albergar, por ejemplo, en el caso de que alguna alta Corte los haya adoptado, esquemas de revisión que varían la intensidad del escrutinio constitucional en atención al tipo de derecho afectado o al tipo de criterio clasificatorio en el que se apoya la medida restrictiva—, al menos cuando la revisión de constitucionalidad se proyecta sobre derechos fundamentales de núcleo duro (a su carácter quizá excesivamente exigente o insuficientemente equilibrante de las atribuciones de los jueces versus las de los legisladores, en el caso de que se adopte como un estándar de revisión general, haré mención un poco más adelante).

Antes de sistematizar el test tripartito, el Informe ratifica la admisibilidad general de las limitaciones en el contexto de la Convención, destaca el hecho de que, según la jurisprudencia interamericana, las reglas sobre admisibilidad de restricciones se apliquen a todos los elementos constitutivos de la libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones (limitaciones a la expresión de los pensamientos e ideas propios, pero también al acceso, difusión y circulación de la información, y a los medios de comunicación), así como su aplicabilidad a las restricciones contenidas o materializadas tanto en leyes como en decisiones y actos administrativos, judiciales o policivos o de cualquier otra índole. El test tripartito, extraído de las previsiones de los distintos párrafos del artículo 13 de la Convención, es, por su parte, el siguiente:

1) *Las limitaciones deben tener una cobertura legal clara y precisa.*

Según la jurisprudencia de la Corte, las limitaciones a la libertad de expresión deben constar en forma previa y expresa, taxativa, precisa y clara *en una ley*, entendida tanto en el sentido formal como material. El texto de la ley no puede ser ambiguo o vago en su tratamiento o identificación del tipo de ejercicio de la libertad que puede dar lugar a responsabilidad ulterior; ello equivaldría a otorgar facultades discrecionales a los poderes públicos incompatibles con la Convención, y podría servir de sustento a

potenciales actos de arbitrariedad que desembocaran en censura previa o impusieran responsabilidades desproporcionadas a las personas por la expresión de discursos protegidos. El Informe hace además una aclaración importante en torno al *tipo formal de norma* en el que deben contenerse estas limitaciones, pues considera aplicable lo dicho por la Corte en la Opinión Consultiva 6/86, según la cual la expresión “leyes” no significa cualquier norma jurídica, sino actos normativos generales adoptados por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos establecidos en la Constitución, ceñidos al bien común.

2) *Las limitaciones deben estar orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención: “derechos de los demás”, “orden público”.*

En este apartado el Informe hace hincapié en la idea de que los Estados no son libres de interpretar de cualquier forma el contenido de estos objetivos para efectos de justificar una limitación de la libertad de expresión en casos concretos. El Informe describe el modo en que los órganos del sistema han interpretado la cláusula de “protección a los derechos de los demás” como objetivo que justifica limitar la libertad de expresión, así como el contenido de la noción de “orden público” para efectos de la imposición de limitaciones a la libertad de expresión. Esta sistematización me parece de la máxima relevancia para los jueces mexicanos, habida cuenta que expresiones prácticamente idénticas a las mencionadas siguen teniendo presencia en los artículos 6 y 7 de la Constitución Federal, en las leyes de imprenta subsistentes en el país, etcétera, y, hasta donde muestra la lectura de muchas de las tesis del acervo heredado, se han entendido de un modo sustancialmente menos garantista que el que refleja la jurisprudencia del sistema. La revisión de la interpretación constitucional sobre estas nociones en la Suprema Corte, por consiguiente, no puede desconocer el núcleo garantista que asegura el sistema (en todo caso, claro, podrá ampliarlo).

En relación a la noción de los “derechos de los demás” como fundamento legitimador de límites, el Informe subraya cómo la jurisprudencia interamericana acota

el modo en que la apelación a los mismos puede hacerse. Se destaca, por ejemplo, que los órganos del sistema han sido claros en precisar que en los casos en que se impongan limitaciones de la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que éstos se encuentren claramente lesionados o amenazados, y que la existencia de esa lesión sea demostrada precisamente por la autoridad que impone la limitación; si no hay una lesión demostrada a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias.

El Informe destaca igualmente que la Corte ha dicho que no se puede invocar la protección de la libertad de expresión o de la libertad de información como un objetivo que justifique a su turno restringir la libertad de expresión o de información, puesto que ello constituye una antinomia, y que tampoco se puede justificar la imposición de un sistema de control a la libertad de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe, ya que ello puede dar pie a grandes abusos y en el fondo es violatorio del derecho a la información, que requiere la protección del derecho a estar informados sobre las distintas interpretaciones y visiones del mundo, y escoger aquella que considere más adecuada.

El Informe recuerda que, en cualquier caso, si se comprueba que en ciertos casos el ejercicio de la libertad de expresión causa un perjuicio a los derechos ajenos, se ha de acudir a las medidas menos restrictivas de la libertad de expresión para reparar dicho perjuicio: en primer lugar, al derecho de rectificación consagrado en el artículo 14 de la Convención; si no basta y ha quedado demostrado un daño grave causado con la intención de dañar o con evidente desprecio por la verdad, debe acudirse a mecanismos de responsabilidad civil atemperados por las condiciones impuestas por el artículo 13-2 de la Convención; finalmente, y respecto a la utilización de mecanismos penales, resulta relevante mencionar que tanto la Comisión como la Corte han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de la honra o reputación de funcionarios públicos, políticos o personas vinculadas a la formación de las políticas públicas mediante mecanismos penales (típicamente el

procesamiento o condena de quienes se expresan bajo los tipos penales de calumnia, injuria, difamación o desacato) era desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

En cuanto a la noción de “orden público”, el Informe enfatiza literalmente lo siguiente:

“En este orden de ideas, para efectos de las limitaciones a la libertad de expresión la Corte define el “orden público” como “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. Bajo esta definición, es claro para la Corte que la defensa del orden público exige la máxima circulación posible de información, opiniones, noticias e ideas, es decir, el máximo nivel de ejercicio de la libertad de expresión; en términos de la Corte: “...el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. (...) También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”. En este mismo sentido ha explicado la Comisión Interamericana que una democracia funcional es la máxima garantía del orden público, y que la existencia de una sociedad democrática se basa en la piedra angular del derecho a la libertad de expresión”¹⁵

3) Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden.

En este punto el Informe da cuenta del modo en que la jurisprudencia del sistema ha desarrollado las nociones o estándares de “necesidad”, “idoneidad” y “proporcionalidad”. A mi juicio, el test globalmente visto no es en absoluto deferente

¹⁵ Párr. 74. Con citas internas a la opinión consultiva de la Corte 5/85, “La Colegiación obligatoria de periodistas” y al Informe Anual 1994 de la Comisión Interamericana, Capítulo V: *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Título III: la Convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresión para preservar la existencia de las sociedades democráticas en los estados miembros de la OEA. Título IV: Las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995 (aprobado en el 88° período ordinario de sesiones).

para los Estados; por el contrario: uno podría plantear si no constituye una versión del análisis de proporcionalidad desde ciertos puntos de vista incluso demasiado invasivo de las ordinarias responsabilidades del legislador democrático, o más propiamente, dado el plano internacional en el que se maneja, demasiado exigente para las autoridades estatales en general. Ciertamente, estamos hablando de límites a uno de los derechos centralmente anti-mayoritarios en el seno del sistema constitucional de los Estados miembros, y de un derecho asociado además a la garantía de los presupuestos estructurales de funcionamiento de la democracia. Pero dado el amplio alcance “definicional” que la jurisprudencia interamericana le ha concedido (pues, como hemos subrayado con anterioridad, es entendido como una especie de derecho marco que incluye derechos más específicos como el derecho de acceso a la información, o los derechos relacionados con los datos personales), y dado que las exigencias que de él derivan se proyectan sobre todo tipo de actividad estatal, no hay que desestimar los efectos potenciales de un estándar de revisión que, como inmediatamente veremos, deposita una carga de “demostración” en las autoridades estatales y combina exigencias de “adecuación” con exigencias de “necesidad”. El problema, a mi juicio, no es tanto que no haya motivos para desear un test intenso: el riesgo es que, para evitar resultados excesivamente radicales, sus ejercicios de aplicación lo banalicen en lugar de reforzar su ascendente normativo sobre los actos sometidos al examen de la Corte.

Según subraya el Informe sobre la base de lo dicho por la Corte en el caso *Herrera Ulloa* y en la *Opinión consultiva 5/85*, los Estados están obligados a demostrar que las limitaciones a la libertad de expresión son *necesarias* en una sociedad democrática para el logro de los objetivos imperiosos que persiguen. El contexto marcado por la necesidad de garantizar un “ambiente” normativo propicio para asegurar el adecuado funcionamiento de la democracia representativa debe presidir el análisis. El Informe destaca, además, que el adjetivo “necesario” no equivale simplemente, según ha clarificado la Corte, a “útil”, “razonable” u “oportuno”, sino que debe quedar mostrada la necesidad cierta e imperiosa de efectuar la limitación, que no hay medios menos restrictivos de los derechos humanos que permitan alcanzar los objetivos que se

tienen, y que no se está restringiendo más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Se trata, entonces, de un test que insta a la comparación de alternativas y obliga a decantarse por lo que se acerque más a la “menor interferencia posible”.

La *idoneidad*, por su parte, exige mostrar que la medida limitativa es efectivamente conducente para obtener los objetivos legítimos e imperiosos que persigue: deben ser comprobadamente efectivas para el logro de finalidades compatibles con la Convención Americana.

Finalmente, las restricciones deben ser *estrictamente proporcionales*, lo cual exige determinar si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que reporta. El Informe destaca el modo en que la Corte ha desarrollado la idea de proporcionalidad en el caso *Eduardo Kimel*. En la citada sentencia, la Corte dijo que debían evaluarse tres factores: (i) el grado de afectación del derecho contrario —grave, intermedia o moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario; y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión.

El Informe dedica también un apartado a destacar lo que las instituciones interamericanas han identificado como limitaciones incompatibles con el artículo 13 de la Convención:

- Las limitaciones no deben equivaler a censura, por lo cual únicamente pueden ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores proporcionadas por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Las limitaciones de la libertad de expresión no pueden constituir mecanismos de censura previa directa o indirecta¹⁶. A este respecto se debe tener en cuenta que salvo por la excepción

¹⁶ Con citas internas al caso *Eduardo Kimel*, el caso *Palamara Iribarne* y el caso *Herrera Ulloa*.

establecida en el artículo 13-4 de la Convención, las medidas previas de limitación de la libertad de expresión significan inevitablemente el menoscabo de esta libertad – en otras palabras, este derecho no puede ser objeto de medidas de control preventivo o previo, sino de la imposición de responsabilidades posteriores para quien haya abusado de su ejercicio¹⁷

- Las limitaciones no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios.

- Las limitaciones no se pueden imponer a través de medios indirectos como los proscritos por el artículo 13-3 de la Convención.

- Las limitaciones deben tener carácter excepcional.

Finalmente, el Informe destaca también en este apartado el modo en que la jurisprudencia del sistema ha autorizado controles más estrictos para ciertas limitaciones, en atención al tipo de discurso sobre el que recaen, y dedica extensos e importantes apartados a sistematizar los criterios con los que la jurisprudencia del sistema ha resuelto las tensiones entre la libertad de expresión y la protección de los derechos a la honra y la reputación.

Las tensiones entre libertad de expresión y *derecho al honor* son sin duda protagónicas en el contexto jurisdiccional del sistema. Hay tres grandes casos de la Corte (*Ricardo Canese*, *Herrera Ulloa* y *Eduardo Kimel*) que las exploran con profundidad. Las tensiones entre expresión y otros derechos —intimidad, uso de la propia imagen, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad de domicilio...— en cambio, y como hemos anunciado más arriba, todavía no han sido abordadas. La síntesis que hace el Informe acerca de lo dicho por la Corte y la Comisión en torno a

¹⁷ Con cita interna a la Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”.

este punto es tan relevante, me parece, dado el tipo de casos que finalmente están empezando a abordar tribunales mexicanos, que sería un error no hacer referencia a la misma con cierto detenimiento.

El punto de partida general es el que ya conocemos: las limitaciones a la libre expresión en aras de no dejar desprotegido el derecho de las personas al honor o a la reputación no pueden constituir en el marco del sistema mecanismos de censura previa directa o indirecta¹⁸. Salvo por la excepción establecida en el artículo 13-4 de la Convención, entonces, no puede haber restricciones previas o preventivas: lo único que las leyes pueden desarrollar son causales de responsabilidad posterior, orientadas a cubrir los efectos de eventuales casos de ejercicio abusivo del derecho. Además, en casos de conflicto entre el derecho a la honra de funcionarios públicos y la libertad de expresión, el ejercicio de ponderación debe partir de la base de la prevalencia *prima facie* de la libertad de expresión, que entra en la ponderación con un valor en principio mayor por tratarse de un discurso especialmente protegido bajo la Convención Americana, y debe proseguir garantizando el estricto cumplimiento de los estándares de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Ya al hilo de ejercicios concretos de aplicación, la Corte Interamericana ha vertido criterios mucho más concretos, que la Relatoría sintetiza del siguiente modo:

98. En particular, el test estricto de necesidad a ser aplicado exige que, en todo caso, el Estado escoja para reparar el daño los medios menos costosos para la libertad de expresión. En tal medida, se ha de apelar en primer lugar al derecho de rectificación o respuesta, que está consagrado expresamente en el artículo 14 de la Convención¹⁹. Sólo en caso de que ello sea insuficiente para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a la imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien hizo uso abusivo de su derecho a la libertad de expresión y con ello generó un daño cierto y

¹⁸ Con citas internas, nuevamente, a los casos *Eduardo Kimel, Palamara Iribarne y Herrera Ulloa*.

¹⁹ Cita interna al artículo 14, que dispone: “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 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”.

grave sobre derechos de otras personas o bienes jurídicos especialmente tutelados por la Convención.

99. En los eventos en que el derecho de rectificación o respuesta haya resultado insuficiente para restablecer el derecho a la reputación u honor de quienes se ven afectados por un determinado ejercicio de la libertad de expresión, y se pueda entonces acudir a los otros mecanismos de responsabilidad jurídica²⁰, tal recurso a la imposición de responsabilidad ha de dar estricto cumplimiento de ciertos requisitos específicos adicionales a los ya mencionados, a saber: (a) *Aplicación del estándar de la real malicia*. Al recurrir a mecanismos de responsabilidad frente a un presunto abuso de la libertad de expresión, ha de aplicarse el estándar de valoración de la real malicia, es decir, demostrar que quien se expresó lo hizo con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos. Para el caso de los comunicadores sociales y periodistas, dispone en este sentido el principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, que “*en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.*” (b) *Carga de la prueba*. En los casos en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad de quien ha abusado de su derecho a la libertad de expresión, quien alega que se causó un daño es quien debe soportar la carga de la prueba de demostrar que las expresiones pertinentes eran falsas y causaron efectivamente el daño alegado²¹. Por otra parte, la Corte Interamericana en el caso de *Herrera Ulloa v. Costa Rica* explicó que exigir a quien se expresa que demuestre judicialmente la veracidad de los hechos que sustentan sus afirmaciones, y correlativamente, no admitir la *exceptio veritatis* a su favor, “*entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención*”. En otras palabras, quien ha hecho ejercicio de su derecho a la libertad de expresión con afectación de los derechos ajenos y se ve sujeto a mecanismos de imposición de responsabilidad jurídica ulterior, en primer lugar no debe ser obligado a probar la realidad de los hechos sobre los cuales se expresó, y en segundo lugar debe poder resguardarse de tales responsabilidades invocando a su favor la *exceptio veritatis*. (c) Finalmente, es importante tener en cuenta a este respecto que únicamente los hechos, y no las opiniones, son susceptibles de juicios de veracidad o falsedad²². En consecuencia, nadie puede ser condenado por una opinión sobre una persona cuando ello no apareja la falsa imputación de hechos verificables.

100. Las responsabilidades jurídicas personales ulteriores a las que se puede acudir cuando el derecho de rectificación o respuesta haya sido insuficiente para reparar un daño a derechos ajenos, son en principio los mecanismos de la responsabilidad civil. Estas sanciones civiles, de conformidad con los Relatores Especiales para libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE, en su Declaración Conjunta de 2000, “*no deben ser de tales proporciones que susciten un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión, y deben ser diseñadas de modo de restablecer la reputación dañada, y no de*

²⁰ Cita interna a los alegatos de la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros v. Chile*) transcritos en la sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73. Párr.61.d).

²¹ Cita interna al *Caso Herrera Ulloa*, cit. supra., párr. 132 y a los alegatos de la Comisión ante la Corte Interamericana en ese caso, párr. 101.2). 1) y en el caso *Ricardo Canese*, cit. supra párrs. 72.o) y 72.p).

²² Cita interna al caso *Eduardo Kimel*, párr. 93.

indemnizar al demandante o castigar al demandado; en especial, las sanciones pecuniarias deben ser estrictamente proporcionales a los daños reales causados, y la ley debe dar prioridad a la utilización de una gama de reparaciones no pecuniarias”.

Finalmente, el Informe hace referencia a lo que hay que ver en realidad como una especie de corolario de las argumentaciones anteriores: *la incompatibilidad con el sistema de las llamadas “leyes de desacato”*. Las denominadas “leyes de desacato”, según la definición provista por la Comisión Interamericana, y con independencia de sus nombres concretos en los ordenamientos internos, son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. Así las identificó la Comisión Interamericana en el Capítulo V de su Informe Anual 1994: Informe sobre la *Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*²³.

El Informe recuerda que en los países donde todavía existen —y esto es importante porque México es uno de los países en los que todavía existen— estas leyes se justifican invocando varias razones, entre las que sobresale la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública o del orden público. La Comisión, en su Informe especializado sobre el tema, dijo lo siguiente: “...se dice que las leyes de desacato cumplen una doble función. En primer lugar, al proteger a los funcionarios públicos contra la expresión ofensiva y/o crítica, éstos quedan en libertad de desempeñar sus funciones y, por tanto, se permite que el gobierno funcione armónicamente. Segundo, las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que —según se argumenta— ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios”²⁴.

²³ Ver especialmente su Título II: Leyes de Desacato. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

²⁴ CIDH, Informe Anual 1994. Capítulo V, citado en la nota anterior.

Sin embargo, este tipo de legislación no supera el “escrutinio de convencionalidad” de los límites al derecho a la libre expresión que hemos ido señalando en el presente apartado. Como el Informe destaca, tanto la Comisión Interamericana —de un modo especialmente enfático y directo— como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de la honra o reputación de funcionarios públicos o candidatos a ejercer funciones públicas mediante el procesamiento o condena penal de quien se expresa, a través de tipos penales como “calumnia”, “injuria”, “difamación o “desacato”— resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

El Informe destaca que las decisiones de la Corte sobre este punto encuentran tres fundamentos: (i) los niveles mayores de protección de los discursos sobre el Estado, los asuntos de interés público y los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o quienes aspiran a ocupar cargos públicos, (ii) las condiciones altamente exigentes de las limitaciones impuestas a este tipo de discursos, y (iii) los estrictos requisitos de validez con los que debe cumplir el recurso a mecanismos procesales para limitar la libertad de expresión, y lo desarrolla del siguiente modo:

102. [...] Sobre este particular, la jurisprudencia ha explicado que tanto los funcionarios públicos como los candidatos a cargos públicos gozan, al igual que toda persona, del derecho a la honra protegido por la Convención. Sin embargo, los funcionarios públicos en una sociedad democrática tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan; porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente; porque sus actividades trascienden la esfera privada para ingresar a la esfera del debate público; y porque cuentan con medios apropiados para defenderse²⁵. Ello no implica que los funcionarios públicos no puedan ser judicialmente protegidos en cuanto a su honor, pero han de serlo de forma acorde con los principios del pluralismo democrático y ponderando el interés de tal protección con los intereses de un debate abierto sobre asuntos públicos²⁶. Se ha enfatizado que la utilización de mecanismos penales, tales como las normas sobre difamación, calumnia e injuria, para proteger la honra y reputación de funcionarios públicos o candidatos a ejercer cargos públicos, tienen un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre el ejercicio de las expresiones

²⁵ Con citas internas a los casos *Eduardo Kimel*, *Palamara Iribarne*, *Herrera Ulloa* y al Capítulo V del Informe Anual 1994 de la Comisión, citados todos con anterioridad.

²⁶ Caso *Herrera Ulloa*. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107. Párr. 128.

críticas y del periodismo en general, impidiendo el debate sobre temas de interés para la sociedad. Además ha subrayado que existen otros medios menos restrictivos para que las personas involucradas en asuntos de interés público puedan defender su reputación frente a ataques infundados. Tales medios son, en primer lugar, el aumento del debate democrático al cual los funcionarios públicos tienen amplio acceso; y si ello fuera insuficiente para reparar un daño causado de mala fe, podría acudir a la vía civil, aplicando el estándar de la real malicia²⁷. Adicionalmente, en el caso Kimel, la Corte indicó que el tipo penal que tutelaba el honor en Argentina vulneraba, por su extrema vaguedad, el principio de estricta legalidad. En consecuencia, ordenó la reforma de la citada norma.

La Comisión, como anunciábamos, ha sido más tajante, porque estima que la utilización de mecanismos penales para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o sobre funcionarios públicos, candidatos a ejercer cargos públicos o políticos vulnera *en sí misma* el artículo 13 de la Convención Americana. La diferencia entre la posición de la Corte y la de la Comisión es, por consiguiente, de matiz: LA Corte no ha dicho que en ningún caso imaginable pueda ser compatible con la Convención la penalización del desacato pero en todas y cada una de las ocasiones en que ha tenido que examinar ejemplos concretos de este tipo de legislación la ha considerado contraria a sus disposiciones. La Comisión ha afirmado directamente que son categóricamente incompatibles con la misma. Según enfatiza en Informe:

103. La Comisión Interamericana ha considerado que la utilización de mecanismos penales para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o sobre funcionarios públicos, candidatos a ejercer cargos públicos o políticos vulnera *en sí misma* el artículo 13 de la Convención Americana, ya que no hay un interés social imperativo que la justifique, resulta innecesaria y desproporcionada, y además puede constituir un medio de censura indirecta dado su efecto amedrentador e inhibitor del debate sobre asuntos de interés público²⁸. En este mismo sentido, la Comisión Interamericana ha resaltado que el recurso a las herramientas penales para sancionar discursos especialmente protegidos no solo es una limitación directa de la libertad de expresión, sino también puede considerarse como un método indirecto de restricción de la expresión por sus efectos amedrentadores, acalladores e inhibidores del libre flujo de ideas, opiniones e informaciones de toda índole. La simple amenaza de ser procesado penalmente por expresiones críticas sobre asuntos de interés público puede generar autocensura dado su efecto amedrentador. En palabras de la Comisión Interamericana, “*si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitor que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una*

²⁷ Cita interna a los alegatos de la Comisión ante la Corte en los casos *Ricardo Canese y Herrera Ulloa*.

²⁸ Citas internas a los mismos alegatos a que se refiere la nota anterior.

amenaza evidente y directa de violencia anárquica. (...) el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”²⁹.

e) Otros temas (apartados E, F, G, H, I y J del Capítulo III del Informe)

El Capítulo 3 del Informe se refiere a otros temas a los que no haré referencia detallada en el contexto de este documento, pero que igual son muy relevantes desde la perspectiva del adecuado ejercicio de las funciones jurisdiccionales y deberían ser tomadas cuidadosamente en cuenta en especial por los jueces de constitucionalidad.

La sección E subraya la importancia de que el sistema jurídico de los Estados impida que existan restricciones indirectas a la libre expresión, que detallan los criterios que han de permitir evitar la censura previa y las restricciones indirectas, tanto las puestas o introducidas por las autoridades públicas como aquellas que no derivan directamente de su actividad, sino de causas distintas, pero que las primeras tienen el deber de bloquear. La sección F aborda un derecho respecto del cual México ha tenido un proceso de renovación normativa muy extenso, al máximo nivel: el derecho de acceso a la información (se desarrolla su contenido y alcance, su importancia y función, legitimación pasiva, objeto del derecho, obligaciones impuestas al Estado por el derecho de acceso a la información, limitaciones legítimas del derecho de acceso a la información. Otra sección está dedicada a un tema que goza de un lugar central en la agenda actual de la Relatoría (y a la que prestó especial atención la Relatora en visita a México en pasado mes de abril): los periodistas y los medios de comunicación social. Esta parte del Informe sintetiza lo que la jurisprudencia del sistema ha sentado en torno a la importancia del periodismo y de los medios para la democracia; la caracterización

²⁹ Con cita interna al Informe Anual 1994 de la Comisión, Capítulo V: *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Título IV: Conclusión. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

de la actividad periodística bajo la Convención; la responsabilidad inherente al ejercicio del periodismo; los derechos de los periodistas, y deberes estatales de protección de su integridad e independencia, y la posición de los periodistas que cubren situaciones de conflicto armado o de emergencia y las condiciones inherentes al funcionamiento de los medios de comunicación

En el apartado H se sintetizan criterios específicos importantes acerca del ejercicio de la libertad de expresión por parte de los funcionarios públicos: los deberes generales a los que están sujetos sus instancias de ejercicio de esa libertad, el deber de confidencialidad al que pueden estar sujetos ciertos tipos de información manejada por ellos, el derecho y deber de los funcionarios públicos de efectuar denuncias de violaciones a los derechos humanos y la situación especial en la que se encuentran los miembros de las fuerzas armadas.

Las dos últimas secciones de esta parte del Informe, la I y la J, se dedican respectivamente, a los criterios existentes en relación con el ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito de los procesos electorales, y a las obligaciones que el sistema impone a los Estados en materia de garantía del pluralismo y la diversidad en los medios de comunicación, en la totalidad de vías de circulación de opiniones e información en una sociedad democrática.