

Miguel Carbonell (México) *

La libertad de expresión en la Constitución mexicana **

I. Introducción

El artículo 6 de la Constitución mexicana contiene la libertad fundamental de expresión de las ideas en los siguientes términos: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

La primera cuestión que llama la atención es que el texto parece dirigirse solamente a las autoridades administrativas y judiciales, pero no a las legislativas. Una regulación muy diferente se encuentra, por ejemplo, en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que establece: “El Congreso no hará ley alguna [...] que coarte la libertad de palabra o de imprenta [...]”.

Ahora bien, en virtud de que la libertad de expresión está incorporada en varios tratados internacionales de derechos humanos que son derecho vigente en México, debe entenderse que la obligación de respetarla se extiende también a los poderes legislativos.

La libertad de expresión es una de las condiciones de existencia y de posibilidad de un régimen democrático; en otras palabras, es condición necesaria (aunque no suficiente, desde luego) para que se pueda considerar que en un determinado país hay democracia.

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad. Constituye el presupuesto para la construcción de una *racionalidad discursiva* (Habermas) que permita la genera-

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

** Este texto forma parte de un estudio más amplio, en curso de realización, sobre los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.

ción de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también encauce la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos.

La deliberación pública realizada en libertad es una de las características de los modernos regímenes democráticos.¹ En palabras de Ignacio Villaverde, “en los Estados democráticos, la libre discusión es un componente jurídico previo a la toma de una decisión que afecta a la colectividad, e inexcusable para su legitimación [...] Sin una discusión libre no es posible una realización cabal del Estado democrático”.²

Es la libertad de expresión lo que permite la creación de la opinión pública, esencial para dar contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son algunos derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política). La existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa.

El intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, la cual, al juntarse con las de los demás integrantes de la comunidad, conforma la opinión pública, que acaba manifestándose (a través, entre otros, de los canales de la democracia representativa) como voluntad *jurídica* del Estado.³

Respecto a la institución de la opinión pública, el Tribunal Constitucional español ha sostenido en una de sus primeras sentencias que, sin una comunicación pública libre, “quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática [...] que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”.⁴ En otro pronunciamiento, el mismo Tribunal califica a la opinión pública como una institución política fundamental, “indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”.⁵ El Tribunal afirma: “El principio democrático [...] presupone [...] el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos”.⁶

La Declaración francesa de 1789 recogió la libertad de expresión, en su artículo 11, con las siguientes palabras: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede,

¹ Al respecto, Jon Elster (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2000.

² Ignacio Villaverde, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 30-31.

³ *Ibidem*, p. 18.

⁴ Sentencia 6/1981.

⁵ Sentencia 12/1982.

⁶ Sentencia 159/1986.

por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley”.

Consecuencia de la libertad de expresión es la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: no se puede censurar a los interlocutores en cuanto sujetos dotados de la posibilidad de participar en los debates de la *res publica*, por una parte, ni tampoco censurar —al menos de forma previa— los contenidos posibles de la discusión; en principio, todos los temas son discutibles dentro de una democracia.

La no censurabilidad de los sujetos tiene un carácter prácticamente universal: nadie puede ser privado de la libertad de hablar y expresarse como mejor le parezca. La no censurabilidad de los contenidos, en cambio, si bien no opera de forma previa, sí encuentra algunas limitaciones; como toda libertad, se debe ejercer con responsabilidad.

La libertad de expresión y la prohibición de la censura previa no impiden que haya reglas para el ejercicio de dicha libertad; pero estas reglas deben ser tales que la libertad siga teniendo sentido. Como señala el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, “cuando un Estado Parte considera procedente imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo”.⁷ Por ejemplo, no sería inconstitucional una regulación que estableciera el nivel máximo de decibeles que puede tener un concierto en un parque; pero sí lo sería si se prohibiera a quienes profesan cierta religión reunirse en ese mismo parque para hablar sobre sus creencias.⁸

También sería inconstitucional que una agencia del gobierno estableciera mecanismos calificadores de las publicaciones para efectos distintos a los de la protección de la infancia —por ejemplo, con objeto de considerar ciertos libros como obscenos, indecentes o impuros—, pues en tal caso, aunque la calificación no conlleve la prohibición directa de imprimir o vender tales obras, podría resultar en una pérdida no justificada de lectores y en un perjuicio ilegítimo para quienes los escriben, los producen y los venden.⁹

La prohibición de la censura previa no impide que el Estado pueda establecer un sistema de clasificación para las transmisiones de los medios de comunicación, para los espectáculos públicos o para ciertas publicaciones, tal como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13.4 y como lo ha reconocido en una importante sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰

⁷ Observación general número 10, 19º periodo de sesiones, 1983, párrafo 4; consultable en Carbonell, Pérez Portilla y Moguel (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, CNDH, Porrúa, México, 2002, p. 269.

⁸ El ejemplo está tomado de Rodney A. Smolla, *Free speech in an open society*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1992, p. 43.

⁹ Éste fue el criterio de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Bantam Books vs. Sullivan*, resuelto el 18 de febrero de 1963.

¹⁰ Caso *Última tentación de Cristo*, § 70. Sobre la regulación de la libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos, cf. el apartado 4 *infra*.

En un Estado democrático, no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional. En España, el Tribunal Constitucional ha delineado a través de su jurisprudencia una escala de valores y de correlativas protecciones para distintos tipos de expresión.¹¹

Así por ejemplo, el *insulto* y los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión carecen de protección constitucional. En otro peldaño se encuentran las *opiniones*, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos ni innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan “opiniones inquietantes o hirientes”; éstas estarían protegidas constitucionalmente por la libertad de expresión y podrían tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla. En otro escalón se ubica la *información*, entendida como la narración veraz de hechos; estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor o la intimidad). En otro nivel, la *noticia*, entendida como la narración veraz de hechos que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión pública libre. En el último peldaño se encuentran las *falsedades*, es decir, los rumores o insidias que pretenden disfrazarse a través de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad.

No resulta fácil ubicar una expresión en la clasificación anterior; en particular, como señalan Bastida y Villaverde, hay una amplia zona gris, difícil de delimitar, entre las *informaciones* y las *falsedades*. Como se verá, muchas veces es complicado caracterizar el requisito de veracidad (que no de verdad, como mal lo ha entendido alguna tesis jurisprudencial en México) y sus contenidos a efectos de proteger la libertad de expresión.

Aspectos especialmente sensibles en cuanto a la regulación de la libertad de expresión surgen cuando interviene de alguna forma el Estado. Ese supuesto se puede actualizar cuando la libertad de expresión se ejerce en edificios o terrenos estatales, cuando se trata de propaganda gubernamental, cuando se regula la libertad de expresión de los empleados gubernamentales o cuando la libertad de expresión se ejerce por un particular o por un partido político con cargo a fondos públicos. En éstos y muchos otros supuestos similares, la regulación es necesaria y el contenido de la libertad de expresión, aunque pueda tener matices, debe ser mantenido.¹²

¹¹ Sigo la exposición de Francisco J. Bastida e Ignacio Villaverde, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 28-29.

¹² Smolla, o. cit., p. 44.

II. Los límites a la libertad de expresión

Las limitaciones a la libertad de expresión que menciona el texto constitucional en su artículo 6 son cuatro: los ataques a la moral, los derechos de tercero, cuando se provoque algún delito o cuando se perturbe el orden público. En virtud de la extrema vaguedad de los supuestos mencionados, su interpretación se debe realizar de forma restrictiva, porque de otro modo sería fácil conculcar en los hechos la libertad de expresión aduciendo un apoyo constitucional poco preciso.

Jesús Orozco Henríquez apunta que la ambigüedad de los límites a la libertad de expresión establecidos por el artículo 6, que tampoco han sido precisados por la legislación secundaria ni la jurisprudencia, ha “permitido su interpretación y aplicación arbitraria o caprichosa por parte de las autoridades judiciales y administrativas, así como, lo más grave, la abstención frecuente del ciudadano para expresarse por razón de la inseguridad jurídica prevaleciente”.¹³

El caso de “la moral” (así, en singular) ilustra muy bien el carácter ambiguo y difícil de determinar del contenido del artículo 6 constitucional.¹⁴ La interpretación que ha hecho de este término el Poder Judicial Federal pone de manifiesto su potencial inadecuación a un contexto democrático. La Corte ha dicho:

[...] Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, *es necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público. A falta de un concepto exacto y de reglas fijas en la materia de moralidad pública, tiene el juez la obligación de interpretar lo que el común de las gentes entienden por obsceno u ofensivo al pudor*, sin recurrir a procedimientos de comprobación, que sólo son propios para resolver cuestiones puramente técnicas.¹⁵

En otra tesis sobre las limitaciones a los derechos del artículo 6, haciendo referencia específica al derecho a la información, la Suprema Corte ha sostenido:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS. El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6° de la Constitución Federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados [...] así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su

¹³ “Libertad de expresión” en Varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, IJ-UNAM, Porrúa, México, 2002, p. 361.

¹⁴ Para comprender cabalmente las consecuencias de la utilización del término por la Constitución debe verse también el artículo 2 de la Ley de Imprenta; sobre el tema, Sergio López Ayllón, “Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, IJ-UNAM, 2000, México, pp. 546 y ss.

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, tomo LVI, p. 133.

conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados.¹⁶

De este último criterio —reciente, por cierto— llaman la atención varios aspectos. Uno de ellos es que la Corte inventa limitaciones que no se encuentran en el texto constitucional; tal es el caso de los “intereses nacionales” o el “interés social”. Si hubieran leído a Ronald Dworkin se habrían enterado de que los derechos fundamentales son, justamente, *triumfos frente a la mayoría*, por lo que para limitarlos no es posible invocar ningún tipo de interés suprapersonal, a menos que dicho interés esté recogido en una norma del mismo rango que la que establece el derecho o que dicha limitación sea esencial para preservar otro derecho fundamental:

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio.¹⁷

En el mismo sentido, autores como Luigi Ferrajoli o Ernesto Garzón Valdés consideran que los derechos fundamentales conforman la esfera de lo no decidible por ninguna mayoría, puesto que constituyen una especie de “coto vedado”, cuya limitación o afectación no se puede llevar a cabo (ni siquiera por unanimidad, dice Ferrajoli), y mucho menos por cuestiones tan etéreas como el “interés nacional” o el “interés social”.¹⁸

Lo anterior, que vale para cualquier derecho fundamental, es especialmente importante en el campo de la libertad de expresión. Por ello algunos tribunales constitucionales han sostenido el “valor preferente” de tal libertad frente a otros derechos fundamentales. Es el caso del Tribunal Constitucional español, que entiende que la vinculación de la libertad de expresión con el pluralismo político le otorga “una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales”.¹⁹

Francisco J. Laporta, recordando un argumento de Alexander Meiklejohn, escribe: “la libertad de expresión *no* es una libertad *más* que pueda ponerse en la balanza al lado de otras libertades posibles para pesarla y contrapesarla con ellas, prevale-

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tomo XI, abril de 2000, Tesis: P. LX/2000, p. 74.

¹⁷ Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 37.

¹⁸ Véase Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” y “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, 2001; Ernesto Garzón Valdés, “Representación y democracia”, en ídem, *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid, 1993.

¹⁹ Sentencia 104/1986.

ciendo en unos casos y quedando limitada en otros [...] No es una entre otras libertades, sino el fundamento de todo el orden político”.²⁰

Laporta define la *posición preferente* del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad como “aquella tendencia jurisprudencial que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos. Esa posición es lo que explica que aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas *públicas* deban ceder ante el interés de la información”.²¹ El Tribunal Constitucional español se ha referido a la posición preferente de la libertad de expresión ante otros derechos fundamentales en los siguientes términos:

Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquella goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.²²

Si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. En este caso el contenido del derecho de libre información alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información.²³

Otras limitaciones a la libertad de expresión derivan del artículo 3 constitucional, que, interpretado *a contrario sensu*, indica que la educación no podrá favorecer los privilegios de raza, religión, grupos, sexos o individuos. Esta disposición supone un límite para todos los que intervienen en los procesos educativos. El artículo 130 constitucional dispone que los ministros de los cultos religiosos no podrán oponerse, en los actos de culto o en publicaciones de carácter religioso, a las leyes e instituciones del país.²⁴

Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) establece en su artículo 13 que la ley deberá prohibir “toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constitu-

²⁰ “El derecho a la información y sus enemigos”, en *Claves de razón práctica*, n° 72, Madrid, mayo de 1997, p. 14.

²¹ *Ibíd.*, p. 16.

²² Sentencias 106/1986 y 159/1986.

²³ Sentencia 107/1988.

²⁴ Ernesto Villanueva, *Derecho mexicano de la información*, Oxford University Press, México, 2000, pp. 34 y ss.

yan 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”.²⁵

III. Libertad de expresión y medios de comunicación

Del principio de libertad de expresión, algún pronunciamiento jurisprudencial ha deducido el derecho a crear medios de comunicación, si bien de forma limitada. Se trata del siguiente criterio:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RADIODIFUSORAS. CONCESIONES. Conforme al artículo 6º constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa. Ello se deriva de que, conforme a la filosofía que inspira nuestra Constitución, el individuo tiene una esfera de derechos que la autoridad no puede tocar, y esa esfera incluye la libertad de expresión, de comunicarse ideas. [...] Ahora bien, la libertad constitucional de expresar ideas debe incluir necesariamente la libertad constitucional de utilizar libremente todos los medios de expresión, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas. Y esto incluye necesariamente también los medios masivos de difusión. Pues *sería absurdo, en la sociedad contemporánea, que sólo la palabra hablada o escrita en forma individual estuviera constitucionalmente protegida, dejando al arbitrio o monopolio de las autoridades el uso, a su antojo, de los medios masivos de comunicación modernos, como son la prensa, el radio y la televisión*. Y así como sería tiránico pensar que la autoridad legislativa secundaria o que la autoridad administrativa pudiesen limitar el número de publicaciones en el país, o en una región del país, a título de proteger económicamente a los empresarios de las publicaciones limitativamente permitidas, con lo que se favorecería un monopolio de la información, así también *resulta contrario a la libertad constitucional, en principio, que se limite el uso de los canales de radio y televisión con vista a proteger el interés mercantil de las emisoras limitativamente permitidas*. Sin embargo, como por las características de estos medios de comunicación, el número de canales utilizables tienen un límite técnico, es claro que el Congreso puede reglamentar el uso de esos canales, y concesionarlo, ya que se trata, además, del uso del espacio territorial y del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas, como lo afirma el artículo 1º de la Ley de Radio y Televisión. Y como esos medios masivos de comunicación constituyen una actividad de interés público, el Congreso y las autoridades administrativas deben vigilarla y protegerla, para el debido cumplimiento de su función social. [...] Lo que las autoridades deben combatir es el monopolio monocromático de esos medios masivos de comunicación. Y *la única razón para prohibir el uso de nuevos canales, o para cancelar las concesiones y permisos de canales en uso, será el evitar que se forme un monopolio que coarte la libertad de expresión, o impedir que los canales utilizables queden en manos de personas poco serias, que pudieran atacar indebidamente la moral o atacar indebidamente la vida privada de las personas, cuando esas personas no sean públicas y cuando los ataques no tengan justificación constitucional*. Entender de otra forma la intención de la ley en el otorgamiento de concesiones y permisos, sería

²⁵ Un repaso a los instrumentos internacionales en la materia puede verse en Jorge Carpizo, “Constitución e información”, en ídem, *Nuevos estudios constitucionales*, IJ-UNAM, Porrúa, México, 2000, pp. 403 y ss.

darle un contenido contrario a las disposiciones del artículo 6° constitucional. Por otra parte, cuando se va a otorgar una concesión, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes debe hacer los estudios pertinentes, que deben referirse a los requisitos legales a satisfacer, a la seriedad de la instalación y de su programación y funcionamiento, y sobre todo, a que no se constituyan monopolios monocromáticos de tan importantes medios masivos de difusión, pues aun las estaciones comerciales difunden una ideología ciertamente, de manera directa o indirecta, al través del contenido de sus programas y anuncios. Y ese estudio que formulen las autoridades debe darse a conocer íntegramente a las personas e instituciones que pudieran resultar afectadas, para que estén en oportunidad real de presentar sus objeciones [...] Por último, sobre esas objeciones las autoridades deben resolver en forma fundada y motivada, pues el artículo 16 constitucional exige que se funden y motiven las resoluciones que puedan causar alguna molestia a los gobernados, en sus derechos. O sea que aunque las autoridades deban resolver a su libre juicio, esto no quiere decir que puedan resolver caprichosamente y derogando la garantía constitucional de fundamentación y motivación, ni que su juicio quede exento del control constitucional del Juez de amparo, en términos del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal. Y si las autoridades no formulan los estudios pertinentes, o no los dan a conocer a los interesados, habrá que mandar reponer el procedimiento administrativo. Y si no fundan y motivan su resolución, incluyendo el rechazo de las objeciones, de manera que se trate de una violación formal (omisión absoluta de motivación o de fundamentación en ese aspecto), se deberá mandar reponer la resolución reclamada.²⁶

Muy parecidos al anterior, en la forma y en la materia, son los pronunciamientos que siguen:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CARECE DE FACULTADES PARA RESTRINGIRLA (CONCESIONES DE RADIO Y TELEVISIÓN). [...] resulta absolutamente infundada la pretensión de que la autoridad administrativa esté facultada para manejar a su albedrío o a su capricho y conveniencia, las concesiones de radiodifusión, con lo cual uno de los medios más poderosos de expresión de ideas políticas, científicas y artísticas, quedaría sujeto a su sola voluntad, sin control alguno por el Poder Legislativo, para darle lineamientos a los que deba ceñirse en su actuación, o sin control por el Poder Judicial, el que tiene el derecho y la obligación constitucional de analizar todos los actos de las autoridades administrativas que puedan lesionar en alguna forma los derechos constitucionales de los particulares, de los cuales, uno de los más importantes, si no es el que más, lo constituye la libertad de expresión de ideas políticas, científicas o artísticas, como se ha dicho, sin que pueda ser suficientemente repetido.²⁷

RADIO Y TELEVISIÓN. OTORGAMIENTO DE CONCESIONES. [...] Y habiendo derecho a la información, es de verse que *en los tiempos actuales las radiodifusoras y las estaciones de televisión son uno de los medios más poderosos de expresar ideas y de transmitir información, por lo que también es manifiesto que las autoridades no pueden limitar el uso de los canales o frecuencias disponibles, para establecer un floreciente*

²⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 109-114, Sexta Parte, p. 120. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en revisión 721/77. *Victoria Graciela Alba de Llamas y coagraviados*, 25 de enero de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Víctor Manuel Alcaraz Briones

²⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 169-174, Sexta Parte, p. 119.

negocio comercial (con el pretexto de evitar competencia ruinosa en esta materia), ni para establecer un monopolio monocromático o tendencioso de la información y de la difusión de ideas y cultura en general, protegidas por el artículo 6º constitucional también. Ni podría la ley ordinaria darles tales facultades, contra el espíritu y contenido de las garantías constitucionales. Por las mismas razones, cuando las autoridades se ven obligadas, sólo por la saturación física de las frecuencias disponibles, a limitar el uso de radiodifusoras o estaciones de televisión, es claro que se deben ceñir a los dictados del interés común, que está en la difusión de la máxima diversidad de ideas informativas y culturales. Y es claro también que en ese aspecto de control y limitación, deben actuar con facultades arbitrales reguladas por la ley, y no con facultades discrecionales no sujetas a control constitucional, que les otorgarían un poder despótico antidemocrático [...] Pero también es de verse que si uno de los concesionarios ofrece más material informativo o de contenido formativo, cultural o político, y otro ofrece más material ligero o intrascendente el interés común, en principio y salvo prueba en contrario, favorece al primero frente al solicitante de espíritu más comercial. Y también es de verse que la diversidad de concesionarios favorece, en principio y salvo prueba en contrario, una mejor difusión de información, una más amplia gama de ideas y, por lo mismo, los monopolios de estos medios de información resultan en un adocenamiento contrario al interés público. Luego, en principio y salvo prueba en contrario, se debe siempre favorecer al solicitante nuevo frente al ya establecido, con miras al interés común en que haya diversidad ideológica en el uso de los medios de información y difusión de cultura que utilizan las ondas electromagnéticas.²⁸

En la jurisprudencia constitucional comparada no es extraño este tipo de pronunciamientos. Han sido varios los tribunales constitucionales que entienden que la libertad de expresión exige el derecho a crear medios de comunicación, por cuanto son los instrumentos necesarios para que esa libertad no sea una entelequia; en consecuencia, la prohibición de crear esos medios violaría la libertad mencionada.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende también, al menos en principio, el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible.^{29 30} En particular, la sentencia 127/1994 entiende que:

[...] la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no de la acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en ejercicio de su derecho general de libertad.

²⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 115-120, Sexta Parte, p. 141. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 654/78. *Amín Simán Habib*, 13 de diciembre de 1978. Mayoría de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Víctor Manuel Alcaraz Briones.

²⁹ Álvaro Rodríguez Bereijo, "La libertad de información en la jurisprudencia constitucional", en *Claves de Razón Práctica*, n° 72, Madrid, mayo de 1997, p. 7.

³⁰ Sentencias 206/1990, 119/1991, 31/1994 y 127/1994.

Con la misma contundencia, la Constitución colombiana, luego de mencionar la protección a las libertades de expresión y de imprenta, protege en su artículo 20 la libertad de fundar medios masivos de comunicación.

En la legislación mexicana sobre medios de comunicación existen algunas limitaciones a la libertad de expresión; así por ejemplo, en el artículo 63 de la Ley Federal de Radio y Televisión se establece:

Quedan prohibidas todas las transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido, apología de la violencia o del crimen; se prohíbe, también, todo aquello que sea denigrante u ofensivo para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas, o discriminatorio de las razas; queda asimismo prohibido el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos.

También en el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión³¹ hay algunos preceptos que guardan relación con la libertad de expresión, como por ejemplo:

ARTÍCULO 36. Queda prohibido a los concesionarios, permisionarios, locutores, cronistas, comentaristas, artistas, anunciantes, agencias de publicidad, publicistas y demás personas que participen en la preparación o realización de programas y propaganda comercial por radio y televisión lo siguiente:

I. Efectuar transmisiones contrarias a la seguridad del Estado, a la integridad nacional, a la paz o al orden público;

II. Todo aquello que sea denigrante y ofensivo para el culto de los héroes o para las creencias religiosas, así como lo que, directa o indirectamente discrimine cualesquiera razas;

III. Hacer apología de la violencia, del crimen o de vicios;

IV. Realizar transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante palabras, actitudes o imágenes obscenas, frases o escenas de doble sentido, sonidos ofensivos, gestos o actitudes insultantes, así como recursos de baja comicidad;

V. La emisión de textos de anuncios o propaganda comercial que requiriendo la previa autorización oficial, no cuenten con ella;

VI. Alterar substancialmente los textos de boletines, informaciones o programas que se proporcionen a las estaciones para su transmisión con carácter oficial;

VII. Presentar escenas, imágenes o sonidos que induzcan al alcoholismo, tabaquismo, uso de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas;

VIII. Transmitir informaciones que causen alarma o pánico en el público;

ARTÍCULO 37. Se considera que se hace apología de la violencia, el crimen o los vicios en los siguientes casos:

I. Cuando se excite al desorden, se aconseje o se incite al robo, al crimen, a la destrucción de bienes o se justifique la comisión de los delitos o a sus autores;

II. Cuando se defiendan, disculpen o aconsejen los vicios;

III. Cuando se enseñe o muestre la forma de realizar delitos o practicar vicios, sin demostrar durante la transmisión las consecuencias sociales adversas de esos hechos.

³¹ De acuerdo con las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de octubre de 2002.

ARTÍCULO 44. Los comerciales filmados o aprobados para la televisión, nacionales o extranjeros, deberán ser aptos para todo público.

ARTÍCULO 45. La publicidad de bebidas alcohólicas deberá:

- I. Abstenerse de toda exageración;
 - II. Combinarse dentro del texto o alternarse con propaganda de educación higiénica o del mejoramiento de la nutrición popular; y
 - III. Hacerse a partir de las 22 horas de acuerdo con la fracción III del artículo 23.
- En el anuncio de bebidas alcohólicas, queda prohibido el empleo de menores de edad. Asimismo, queda prohibido en la publicidad de dichas bebidas, que se ingieran real o aparentemente frente al público.

En otra tesis jurisprudencial del Poder Judicial Federal de México, la libertad de expresión se asocia con el arte y la cultura, sectores de la vida social en los que el Estado no podrá imponer sus propios criterios estéticos. La libertad artística y cultural está protegida por el artículo 6 constitucional al formar parte de la genérica libertad de expresión.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. Conforme al artículo 6° constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. [...] En consecuencia, *sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución Federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar; y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar.* [...] la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad.³²

Los medios de comunicación no tienen un papel pasivo en cuanto a la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra ella (aunque por desgracia lo han sido con frecuencia en nuestra historia reciente). Por el contrario, tienen una gran responsabilidad al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (de expresión, imprenta, información...) sean una realidad y puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y sus obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para elegir bien a sus gobernantes.

La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica el especial estatuto jurídico de los medios y de los profesionales que en ellos trabajan. Junto con un cúmulo de obligacio-

³² Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en revisión 487/76. *Música a su Servicio, S.A.* 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E.

nes mayor que el que tienen otras actividades empresariales (por ejemplo, en cuanto al tiempo/aire que los medios electrónicos deben ceder gratuitamente al Estado mexicano), también gozan de ciertos derechos que les pueden asegurar un correcto ejercicio de sus tareas informativas (el secreto de las fuentes, entre otros). Como quiera que sea, lo cierto es que los medios, si desempeñan su labor con responsabilidad y compromiso, contribuyen a vigorizar el debate político y nutren a la opinión pública, requisitos ambos para alcanzar una democracia consolidada.

Para asegurar la libertad de expresión en toda su amplitud, el Estado debería procurar una serie de condiciones que permitieran el *pluralismo mediático*. Este es un valor que hay que preservar dentro de un Estado democrático de derecho, dado que permite crear una opinión pública libre e informada, que es una de las condiciones de realización de una democracia consolidada.³³

Junto con esta premisa valorativa, también debe asumirse que el pluralismo mediático no es algo que siempre se produzca de manera “natural”, sino que ciertas condiciones lo propician con mayor intensidad y éxito que otras.

Como señala Bastida Freijedo, el pluralismo mediático tiene una doble expresión. Por un lado, consiste “en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública”; por otro, en “la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas”. A la realización de estos fines se opone la concentración de los medios de comunicación.³⁴

Este pluralismo, en consecuencia, no se reduce a una cuestión puramente cuantitativa, sino que también implica un factor cualitativo que se concreta en la “presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información”.³⁵

A la luz de lo anterior se puede sostener que existirá pluralismo en los medios siempre y cuando la información: a) pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla;³⁶ b) tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, haya surgido o pueda surgir de distintos puntos de “creación de la noticia”, y c) refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, contenga el punto de vista de varios de los participantes en los circuitos públicos de deliberación e intercambio.

³³ Véanse las observaciones, en el mismo sentido, de Alejandro Muñoz-Alonso Ledo, “La democracia mediática”, en A. Muñoz-Alonso y Juan Ignacio Rospir (eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 13 y ss.

³⁴ Francisco Bastida, “Concentración de medios y pluralismo. ‘Acordes y desacuerdos’ entre pluralismo y mercado”, en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información Estudios en homenaje al Maestro Mario de la Cueva*, IJ-UNAM, México, 2000 (hay una segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2003).

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Como señala Ignacio Villaverde: “Es preciso que el acceso a la información esté asegurado a todos, no a unos pocos; que la información transmitida sea veraz y que la posibilidad transmitirla no sea monopolio o patrimonio de unos privilegiados” (o. cit., p. 16).

Si esas tres condiciones se dieran de forma deficiente, habría *concentración mediática*, ya sea en cuanto a los sujetos que reciben la información, a los que la crean o a los productos que llegan al público, y ello jugaría en contra del valor que para el Estado democrático supone la existencia de una opinión pública bien informada.

En orden a la consecución de ese valor democrático, eventualmente deberán tomarse ciertas medidas que influyan en el mercado y que consoliden o propicien la existencia plural de la fuente noticiosa y del contenido que transmitan los medios. Owen Fiss se refiere en parte a ello cuando señala:

La democracia es un sistema de gobierno que atribuye la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir, pero supone que el público está completamente informado cuando realiza ese juicio. La democracia requiere que el público tenga toda la información relevante y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones. Una prensa libre debería hacer realidad este supuesto. Una forma de expresar esto es decir que en un sistema democrático la misión de la prensa es producir un debate sobre asuntos de importancia pública que sea “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”. Supóngase, no obstante, que la gente decida que está harta de este “debate público vigoroso”, y que está interesada sólo en entretenimientos que embotan la mente, o en periódicos o programas de televisión que dan cabida a sus fantasías sexuales. ¿Nos obligaría una democracia a respetar esa elección? Pienso que no, no más de lo que un compromiso con la libertad contractual obliga a respetar un contrato en el cual alguien se vende a sí mismo como esclavo.³⁷

La concentración mediática es hoy uno de los peligros más grandes para la libertad de expresión. Señala Fernando Vallespín:

El mayor peligro para el libre acceso de los ciudadanos a la información y para permitirles llegar a una “opinión” no proviene ya, al menos en la inmensa mayoría de los países democráticos, de las limitaciones formales a la libertad de expresión. Obedece fundamentalmente al proceso de concentración de la propiedad de los medios en menos manos cada vez (el imperio de Murdoch sería aquí el ejemplo más relevante), así como a la aparición de medios y agencias transnacionales que dictan de un modo sorprendentemente eficaz cuáles son los hechos sobre los que debe informarse y cómo.³⁸

El fortalecimiento de la opinión pública libre e informada requiere profundas transformaciones en el sistema jurídico mexicano, pero también en su sistema de relaciones de poder. Entre los cambios más importantes que se deben alcanzar en referencia a los medios de comunicación, Sergio López Ayllón menciona los siguientes:³⁹

³⁷ Owen Fiss, “La construcción de una prensa libre”, en ídem, *Libertad de expresión y estructura social* (trad. de Jorge F. Malem Seña), Fontamara, México, 1997, p. 183.

³⁸ *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 194. En el mismo sentido, Ignacio Ramonet, “Nuevos imperios mediáticos”, en ídem: *La tiranía de la comunicación*, Debate, Madrid, 1998, pp. 205 y ss.

³⁹ “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carpizo y Carbonell, o. cit., pp. 176-179.

- a. crear reglas que permitan la transparencia empresarial de las personas jurídicas que se dedican a la comunicación, de forma que el público pueda identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de quienes le informan;
- b. modificar los criterios vigentes para la asignación de concesiones y permisos necesarios para operar medios de comunicación;
- c. establecer el acceso a los medios de los grupos sociales y políticos significativos;
- d. evitar las prácticas monopólicas y la concentración;
- e. regular los derechos de respuesta y rectificación en los medios masivos de comunicación;
- f. crear mecanismos procesales para que los particulares puedan corregir los eventuales excesos de los medios de comunicación;
- g. constituir un estatuto profesional aplicable a los comunicadores, tal vez en la forma de código deontológico.

Concretamente, sobre el problema de la concentración mediática propongo, como inicio de una reflexión que debe ocupar a todos los que se preocupan y quieren defender al sistema democrático, lo siguiente:

- a. Una medida que ayudaría en mucho a fomentar el pluralismo mediático, sobre todo en la vertiente de pluralismo *de los contenidos*, es la creación de una red de medios públicos de comunicación, es decir, de medios que sean propiedad del Estado mexicano. Bastaría tal vez con un canal de televisión abierta y una estación de radio de alcance en todo el territorio.⁴⁰ La finalidad de estos medios sería ofrecer una vía de expresión de los *intereses generales* —que no siempre ni necesariamente se pueden identificar con los intereses mayoritarios.

La financiación de estos medios públicos no podría provenir únicamente de la publicidad; en principio ellos no competirían con los medios privados por un sector muy grande de la audiencia, por lo que no serían tan atractivos para los grandes anunciantes.⁴¹ Desvincular un medio de comunicación de la necesidad de tener anunciantes para ser viable económicamente permite que ese medio (y, por ende, sus destinatarios) se defienda de la imposición de pautas culturales, políticas y sociales provenientes de quienes pueden controlar la publicidad. Como recuerda Luis Javier Mieres:

Los intereses de los anunciantes ejercen una considerable presión en la línea editorial de la programación audiovisual. Desde el punto de vista publicitario, los programas más valorados son los que proporcionen una gran audiencia o se dirijan a sectores de población con alta capacidad de consumo y que ofrezcan al espectador/

⁴⁰ Véanse las observaciones de Alfredo Orellana, *Derecho a la información y democracia: propuesta para una televisión pública en México*, tesis de licenciatura, ITAM, México, 1995. En materia de radio ya existen algunas estaciones de propiedad pública, a cargo del Instituto Mexicano de la Radio (IMER).

⁴¹ Bastida, art. cit.

consumidor una sensación agradable, proclive a adoptar decisiones consumistas. Los programas “serios” o que traten temas especialmente controvertidos no son los preferidos por los anunciantes para presentar sus productos.⁴²

En lo que respecta al contenido, esos medios tendrían que utilizarse para difundir noticias de interés general, así como programas que reflejaran el pluralismo social y político; esto incluye, desde luego, los contenidos que resulten de interés para grupos minoritarios, pues se entiende que los mayoritarios ya verían reflejados sus intereses en los contenidos de los medios privados, enfocados a captar audiencias de gran alcance, como señala Bastida.⁴³ Mieres apunta:

El papel de las televisiones públicas en el actual panorama audiovisual debe ser el de constituir referentes de calidad, satisfaciendo las demandas de los grupos minoritarios, pero, también y sobre todo, ofreciendo una oferta de información cultural y educación dirigida a la generalidad de la población.⁴⁴

Una razón adicional para defender la existencia de por lo menos un medio televisivo y otro radiofónico de propiedad pública es que con esa medida se contribuye a transparentar el sector de la comunicación de masas. En principio, sabríamos que la información transmitida por los medios públicos no viene marcada por los juicios o intereses de los dueños, y también conoceríamos quiénes son los responsables de la obtención y transmisión de la información (el Estado a través de determinados empleados públicos, en este caso), cuestión que no siempre es clara por lo que hace a los medios privados.⁴⁵

b. Una segunda propuesta que se ha venido repitiendo con insistencia en los últimos años es la de crear un órgano autónomo, preferiblemente de rango constitucional, que se encargue de regular todo lo relativo a los medios masivos de comunicación.⁴⁶ Este órgano, que Ernesto Villanueva ha propuesto llamar *Consejo Nacional de Comunicación Social*,⁴⁷ con antecedentes bien conocidos en otros países, tendría a

⁴² Luis Javier Mieres, “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, en Carpizo y Carbonell, o. cit.

⁴³ Bastida, art. cit.

⁴⁴ Mieres, art. cit.

⁴⁵ La necesidad de la transparencia en materia de medios de comunicación puede desprenderse, según Sergio López Ayllón, del derecho fundamental a la información previsto en el artículo 6 constitucional, lo cual obligaría a su futura regulación. Dicha transparencia crearía condiciones para facilitar la independencia de los medios con respecto a los centros de poder político y económico, y permitiría al público identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de aquellos que lo informan (Sergio López Ayllón, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carpizo y Carbonell, o. cit.). Sobre la transparencia en la financiación de los medios, conviene revisar el penúltimo párrafo del artículo 21 de la Constitución italiana de 1947, que establece: “La ley podrá disponer por preceptos de carácter general que se den a conocer los medios de financiación de la prensa periódica”. Este precepto, que en razón de la época en que fue creado se refiere solamente a uno de los medios de comunicación de masas (hoy ni siquiera el más importante), puede servir de modelo para que, con las adiciones necesarias, se introduzcan mandatos de transparencia para los medios en los diversos textos constitucionales.

⁴⁶ Véase, entre otros, Jorge Carpizo, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones”, en *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, Cámara de Diputados, México, 1998, p. 55; y José Antonio Crespo, “La reforma definitiva”, l. cit., p. 129.

su cargo proteger la competencia en el sector de las comunicaciones, asegurar el derecho de réplica, otorgar y renovar las concesiones para el caso de aquellos medios que así lo requieran y, en general, vigilar el cumplimiento de todas las obligaciones del servicio público a cargo de los medios concesionados.

Bastida hace notar la necesidad de este órgano sea integrado por personas que tengan relevancia cultural y se encuentren al margen de vinculaciones partidistas o empresariales; propone asimismo que se las elija por diferentes grupos socialmente relevantes.⁴⁸

Por su parte, Villanueva plantea que esté integrado por once miembros, tres de ellos designados por el Presidente de la República y cuatro por el Senado, de entre personas propuestas por los concesionarios y permisionarios de radio y televisión (dos) y por organizaciones de derechos humanos, asociaciones de padres de familia, etc. (los otros dos); los cuatro restantes serían nombrados por la Cámara de Diputados a propuesta de diversas entidades particulares, de la sociedad civil y de las universidades.⁴⁹

c. La tercera idea que aseguraría con alguna certeza el pluralismo mediático consiste en introducir en el texto constitucional una disposición que garantice el acceso a los medios para los partidos y agrupaciones políticas relevantes. Se trataría de que la oposición parlamentaria tuviera asegurada la posibilidad de responder a cualquier programa o acción del gobierno.

En el derecho constitucional comparado no son extrañas las disposiciones de este tipo. De hecho, puede garantizarse el acceso a los medios a la oposición política que cuente con representación parlamentaria, o bien a los grupos sociales relevantes. En el primer caso se buscaría tutelar la correcta expresión del *pluralismo político*, mientras que en el segundo se trataría de permitir el acceso de grupos sociales diversos para reflejar lo más fielmente posible el *pluralismo social*.

Un ejemplo del primer tipo lo provee el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa de 1976, que dispone: “Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorratearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno”.

Un ejemplo del segundo tipo de regulación lo suministra el artículo 20.3 de la Constitución española de 1978, cuyo texto establece:

⁴⁷ *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, IJ-UNAM, México, 1998, p. 232.

⁴⁸ Bastida, art. cit.

⁴⁹ *Régimen jurídico...*, o. cit., pp. 233-234.

La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.⁵⁰

Con este tipo de preceptos se garantiza, al menos tendencialmente, la existencia del pluralismo mediático, sobre todo en su vertiente de pluralidad de los contenidos. En esa medida, también contribuyen a fortalecer el sistema democrático por su incidencia en la creación de una opinión pública libre e informada de manera plural.

IV. La libertad de expresión y los miembros del Congreso de la Unión

El artículo 61 de la Constitución mexicana prevé en su primer párrafo una protección especial para las opiniones que emitan los legisladores del Congreso de la Unión en el desempeño de sus funciones: “Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas”. El sentido de este precepto es proteger a los parlamentarios a fin de que se puedan expresar libremente, ejerciendo hasta donde lo consideren prudente su derecho de crítica contra el gobierno, sin que por ello puedan ser arrestados o demandados.⁵¹

El artículo 61 debe interpretarse de forma conjunta con las disposiciones del título IV, donde se contienen reglas especiales en materia de responsabilidad de los funcionarios públicos y, dentro de esa categoría, de los legisladores federales y locales.

Una de las cuestiones más interesantes en torno al alcance de lo dispuesto por el artículo 61 tiene que ver con el sentido que debe darse a la expresión “en el desempeño de sus cargos”, puesto que el precepto no está otorgando inmunidad completa a las expresiones de los legisladores, sino solamente a aquellas que emitan al desempeñar su cargo. La doctrina no ha delimitado con claridad lo anterior, lo cual ha dado como resultado que exista, por un lado, “una frontera nebulosa entre las acciones públicas y las privadas”,⁵² y, por otro, entre las públicas que se inscriben en el desempeño del cargo y las que se realizan fuera de él.

Una disposición semejante se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos (artículo I.6), la cual ha sido objeto de diversas interpretaciones por su Suprema Corte.⁵³ Esta ha señalado que hay que distinguir entre las actividades puramente legislativas y otras actividades políticas. No solo las expresiones vertidas desde la tribuna de las Cámaras deben estar protegidas por el privilegio parlamentario, sino

⁵⁰ Sobre la interpretación de este precepto, José Ramón Polo Sabau, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, CEPC, Madrid, 2002.

⁵¹ Manuel González Oropeza, “Artículo 61”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17ª edición, IIJ-UNAM, Porrúa, México, 2003, tomo III, p. 106.

⁵² *Ibidem*, p. 109.

⁵³ Laurence H. Tribe, *American constitutional law*, 3ª ed., t. I, Foundation Press, Nueva York, 2000, pp. 1013 y ss.

también las votaciones, la preparación de las sesiones en Comisión, la conducción de dichas sesiones, etcétera.

Entre las actividades políticas que no tendrían la protección reforzada del privilegio parlamentario estarían, por ejemplo, las que tuvieran por objeto ayudar a ciertos individuos a conseguir contratos con agencias gubernamentales o las comunicaciones directas de los parlamentarios con el público —por ejemplo a través de comunicados de prensa, apariciones en la televisión o publicación de libros y folletos—; las publicaciones no están protegidas por el privilegio aunque hayan sido previamente comunicadas en el curso de una actividad legislativa que sí estuviera protegida.

Otra cuestión interesante es que la Corte estadounidense ha sostenido que el privilegio parlamentario puede extenderse a los ayudantes o asesores de los congresistas, siempre que sus actividades tuvieran la protección del privilegio en caso de haber sido realizadas por algún congresista.

Disposiciones parecidas a la del artículo 61 de la Constitución mexicana se encuentran en el artículo 46.1 de la Constitución alemana, la cual contiene, sin embargo, una precisión sobre la que conviene detenerse: “Los diputados no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados en otra forma fuera del Bundestag a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el Bundestag o en una de sus comisiones. *Esto no se aplicará a las ofensas calumniosas*”. La última frase del precepto es importante porque consigue balancear la prerrogativa parlamentaria con los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos, de forma que la primera no pueda arrollar a los segundos.

La inclusión de este límite en el texto constitucional alemán pone de manifiesto que disposiciones como la del artículo 61 de la Constitución mexicana otorgan prerrogativas para funcionarios públicos y no verdaderos derechos fundamentales (esto implica, entre otras cuestiones, que el método de interpretación de aquellas no es el mismo que se aplica a estos). En consecuencia, las prerrogativas parlamentarias deben interpretarse restrictivamente, sobre todo si pueden colidir con un derecho fundamental —por ejemplo, si pueden resultar en violaciones al derecho a la intimidad o al honor—, incluyendo el derecho que tienen todas las personas a acudir ante un tribunal para que, en condiciones de igualdad, se dirima cualquier cuestión que juzguen litigiosa.

En España, una prerrogativa similar se encuentra prevista en el artículo 71.1 de la Constitución de 1978, que dispone: “Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”.⁵⁴ Sobre los alcances de lo dispuesto en ese artículo el Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias de sus sentencias. Entre otros criterios ha sostenido los siguientes:

⁵⁴ Para una primera aproximación al tema, en la doctrina española, Manuel F. Clavero Arévalo, “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2113 y ss.

[...] La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.⁵⁵

[...] Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros [...] El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias [...] la prerrogativa puede amparar, también, los actos “exteriores” a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario.⁵⁶

V. La libertad de expresión en perspectiva comparada y en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho comparado, la regulación constitucional de la libertad de expresión suele ser más precisa que la contenida en el artículo 6 de la Constitución mexicana. Así por ejemplo, la Constitución española de 1978 dispone en su artículo 20:

1. Se reconocen y protegen los derechos: A) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; [...] 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

Por su parte, la Constitución alemana de 1949 establece en su artículo 5:

1. Todos tienen derecho a expresar y difundir su opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información radiofónica y cinematográfica. No se podrá establecer la censura. 2. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.⁵⁷

Por lo que hace al derecho internacional de derechos humanos, cabe destacar el artículo 19 de la Declaración de la ONU de 1948 que establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. En el Preámbulo de la propia Declaración se hace referencia a la aspira-

⁵⁵ Sentencia 243/1988.

⁵⁶ Sentencia 51/1985.

⁵⁷ Otros ejemplos, referidos a Constituciones latinoamericanas, en Villanueva, o. cit., pp. 19-20.

ción de lograr el “advenimiento de un mundo en el que los seres humanos [...] disfruten de la libertad de palabra”.

El artículo 19 de la Declaración ha sido muy relevante para el desarrollo de los derechos humanos, tanto en el plano internacional como en el derecho interno de muchos países. Parte de su importancia radica en que explicita el carácter complejo de la libertad de expresión, que requiere un espacio de protección frente a molestias pero que también supone la posibilidad de obtener información, de recibirla de otras personas y de transmitirla. Esto es importante porque para ejercer en plenitud la libertad de expresión hay que tener algo que decir, lo cual depende en buena medida de que tengamos acceso a fuentes de información que nutran nuestro criterio. El artículo 19 recoge también la libertad de opinión, muy próxima a la libertad de expresión, pero que en el texto merece una mención por separado.

Otro texto internacional relevante en la materia es el del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

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 contenido es reproducido casi literalmente por el artículo 13 del Pacto de San José, el cual sin embargo ofrece (seguramente como resultado de la penosa experiencia que en América Latina hemos tenido en la materia) alguna aportación novedosa en sus párrafos 3 y 4:

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 la 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 [...]

El artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos contiene algunas limitaciones importantes y muy pertinentes a la libertad de expresión: “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.⁵⁸ El Comité de Derechos Civiles y Políticos de

⁵⁸ El mismo texto se reproduce en el artículo 13.5 del Pacto de San José.

la ONU ha sostenido que dicha prohibición “abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas o que pueda llevar a tal acto”.⁵⁹

En la Convención de los Derechos del Niño se establecen la libertad de opinión y de expresión de los menores en los artículos 12 y 13; el párrafo primero del artículo 12 dispone: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, el párrafo primero del artículo 13 señala: “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier medio elegido por el niño”.

Resultan muy interesantes las reflexiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Última tentación de Cristo*.⁶⁰ En su sentencia afirma que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social o colectiva, y estima que la primera “requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (§ 64). Profundizando en el sentido y alcances de las dos dimensiones de la libertad de expresión, la Corte afirma:

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13° de la Convención.

⁵⁹ Opinión Consultiva n° 11, 19° periodo de sesiones, 1983, consultable en Carbonell, Pérez Portilla y Moguel, o. cit., p. 270.

⁶⁰ Consultable en Sergio García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, IJ-UNAM, México, 2001, pp. 753 y ss.

Antes de esa famosa sentencia sobre la película *La última tentación de Cristo*, en la que condenó al Estado chileno, la Corte había sostenido también otras observaciones interesantes sobre la libertad de expresión en la opinión consultiva 5/85 sobre colegiación obligatoria de los periodistas:⁶¹

33. [...] No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de la protección a la libertad e independencia de los periodistas.

En el mismo ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debe hacerse referencia a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del 2000, con fundamento en el ya citado artículo 13 del Pacto de San José. Varios párrafos de esa Declaración corroboran buen parte de las cuestiones expuestas en este apartado.

Así por ejemplo, la Declaración establece en parte el llamado “derecho a la autodeterminación informativa” y provee la base normativa para las acciones de *habeas data*, en los siguientes términos:

Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

También se refiere, en su § 4, al derecho de acceso a la información pública:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

⁶¹ Consultable en García Ramírez, o. cit., pp. 963 y ss.

De este precepto cabe destacar la adopción del concepto de *peligro real e inminente* (*clear and present danger*) como limitación al derecho de acceso a la información. Se trata de un concepto creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y utilizado en muchas de sus resoluciones, como se verá en el apartado siguiente.

La Declaración se refiere también a la prohibición de la censura previa y señala los límites a la persecución penal por abusos de la libertad de expresión. En la parte que ahora interesa, su texto establece:

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión. [...]

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales. [...]

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, 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 estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "*leyes de desacato*" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Más adelante, en el § 12, se detiene en el tema de la pluralidad mediática, que ya hemos referido.

En su § 13, finalmente, señala la necesidad de que el Estado se mantenga neutral con respecto a los medios —por ejemplo, en la asignación de publicidad oficial, que suele ser una vía indirecta de presionarlos—, así como en lo relativo al otorgamiento de prebendas tributarias, que también pueden desbalancear la sana competencia entre medios.

Varios de estos conceptos resultan claves para entender correctamente la libertad de imprenta.

En Estados Unidos la libertad de expresión está protegida por la Primera Enmienda de la Constitución, a cuyo texto ya se ha hecho referencia.⁶² La jurisprudencia estadounidense ha sido pionera en cuanto a la libertad de expresión y ha servido de modelo para los pronunciamientos jurisprudenciales de muchos otros países. Su

⁶² Sobre la historia de la Primera Enmienda en relación con la libertad de expresión, de entre lo mucho que se ha escrito, véase Akhil Reed Amar, *The bill of rights*, Yale University Press, New Haven, 1998, pp. 20-32.

abundancia hace imposible un estudio exhaustivo, pero vale la pena detenerse en algunos de sus aspectos más sobresalientes,⁶³ entre los que se encuentra el tratamiento de cinco cuestiones: a) la pornografía; b) el lenguaje del odio (particularmente la tesis del riesgo claro e inminente de causar un daño, de la sentencia *Brandenburg vs. Ohio*); c) el financiamiento de la política; d) la quema de banderas; y e) las críticas a funcionarios públicos (sobre todo las consideraciones de la Corte en el famoso caso *New York Times vs. Sullivan*).

1. *La pornografía*

La pornografía ha sido objeto de encendidos debates constitucionales en varios países y ha suscitado puntos de vista contrarios en los estudios de los derechos fundamentales.⁶⁴

Para una parte de la teoría feminista, el tema no tiene nada que ver con la libertad de expresión ni con las concepciones morales de las personas, sino que supone una forma directa de presentar el sometimiento de la mujer al dominio del hombre, así como una incitación a la violencia sexual y doméstica.⁶⁵ Es importante reparar en que, según esa teoría, la pornografía no está protegida por la libertad de expresión por cuanto no se trata de meras expresiones sino de acciones, y las acciones tienen un radio de protección notablemente menor que la representación simbólica de ideas, convicciones o, en general, expresiones.

En cambio, para otros teóricos importantes, como Owen Fiss, la pornografía es una forma de expresión “de los creadores y productores de la obra y, desde luego, forma parte del discurso a través del cual el público se comprende a sí mismo y comprende el mundo al que se enfrenta”.⁶⁶ Las anteriores serían, en resumidas cuentas, las bases del debate social y académico sobre el tema.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos hay varios casos relativos a la pornografía. El criterio de la Corte ha sido variable y poco claro, pero en general ha dicho que los actos obscenos no tienen cobertura constitucional bajo la óptica de la Primera Enmienda. Ahora bien, ha puesto requisitos para calificar un acto como obsceno; lo será una obra que carezca seriamente de valor literario, artístico, político o

⁶³ Una exposición de conjunto sobre el tema puede verse en Gerald Gunther, *Individual rights in constitutional law. Cases and materials*, 2ª ed., The Foundation Press, Mineola, 1976, pp. 638 y ss., así como en la bibliografía citada a continuación.

⁶⁴ Véase por ejemplo el debate contenido en Catharine MacKinnon y Richard Posner, *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997; Richard Posner, “Obsessed with pornography”, en ídem, *Overcoming law* (7ª reimp.), Harvard University Press, Cambridge, 2002, pp. 357 y ss. (en este ensayo, Posner también se ocupa de discutir las tesis de MacKinnon).

⁶⁵ Así, por ejemplo, Catharine MacKinnon, “La pornografía no es un asunto moral”, en MacKinnon y Posner, o. cit., pp. 45 y ss.

⁶⁶ Owen Fiss, *La ironía de la libertad de expresión* (trad. de Jorge Malem y Víctor Ferreres), Gedisa, Barcelona, 1999, p. 25.

científico, siempre que a criterio de un ciudadano normal, que se base en estándares comunes dentro de su comunidad, sea patentemente ofensivo por contener conductas sexuales prohibidas por la ley y atienda únicamente a un interés lascivo (*Miller vs. California* y *Paris Adult Theatre vs. Slaton*, ambos de 1973).

En otro caso, la Corte tuvo que pronunciarse sobre una ley de la ciudad de Indianápolis y del condado de Marion que castigaba la pornografía al considerarla una forma de discriminación por razón de sexo (*American Booksellers Association Inc. vs. Hudnut*, de 1985). En su sentencia, que confirmaba la inconstitucionalidad de la legislación de Indianápolis, la Corte afirmó que todos los discursos están protegidos, sin importar cuán dañinos sean. Si se diera otra respuesta a problemas complejos como el de la pornografía —sostuvo—, se estaría dejando que el gobierno controlara todas las instituciones de la cultura, convirtiéndolo en un gran censor, permitiéndole decidir qué pensamientos son buenos para los ciudadanos.⁶⁷

La doctrina ha planteado si sería constitucional que una ley retirara el apoyo de fondos públicos para representaciones artísticas que caigan en lo que la propia ley puede considerar obsceno. La cuestión es importante, por cuanto no se trataría de una *acción* que impide determinada forma de expresión, sino de una *omisión* (la negativa a dar financiamiento) que podría dar lugar a algún tipo de censura previa o poner en aprietos el principio de neutralidad del Estado frente a las manifestaciones artísticas o estéticas de los individuos.⁶⁸

Se trata de un tema actual, en la medida en que el Estado moderno interviene de forma intensa en muchos aspectos de la vida social, algunos de los cuales podrían correr el riesgo de desaparecer si se dejaran al juego libre de las fuerzas del mercado. Ciertas expresiones artísticas se encuentran en este último supuesto y por eso es importante determinar con qué criterios el Estado puede subsidiar una de ellas o dejar de hacerlo, y si de esa forma vulnera o no un derecho fundamental.

⁶⁷ A conclusiones parecidas arribó también la Corte Constitucional de Colombia cuando tuvo que resolver sobre la remoción de una parte de las obras de arte que se habían expuesto en una galería pública y fueron retiradas porque a juicio de su director eran pornográficas e indecentes. La Corte tuteló el derecho del autor bajo la perspectiva de que la libertad de expresión comprende la posibilidad de dar a conocer las creaciones artísticas. Citando el artículo 70 de la Constitución colombiana, que dispone que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, se preguntaba la Corte: “¿Cómo hacer efectivo tal reconocimiento y respeto por la diversidad si las autoridades, en lugar de acatar y hacer cumplir el texto constitucional, se arrogan ilegítimamente la potestad de elegir, de entre esa pluralidad de manifestaciones que la Constitución legitima, únicamente las que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que estimen ortodoxos?”. El texto de la sentencia (la T-104 de 1996; ponencia de Carlos Gaviria) se encuentra en el libro de MacKinnon y Posner, o. cit., pp. 151 y ss., donde también puede leerse la sentencia *American Booksellers Association Inc. vs. Hudnut*, de la Corte de los Estados Unidos.

⁶⁸ Véase el análisis de Fiss, *Libertad...*, o. cit., pp. 63 y ss.; ídem: *La ironía...*, o. cit., pp. 43 y ss.

2. *El lenguaje del odio*

En términos generales, la Corte de Estados Unidos ha considerado que todos los discursos deben ser protegidos, aunque el Estado tiene la facultad de regular algunos aspectos a fin de proteger otros derechos (por ejemplo, la libertad de expresión de un individuo no se puede ejercer dentro del despacho oval de la Casa Blanca o dentro de la cocina de una persona que no presta su consentimiento para ello), y que solamente se puede limitar la emisión de aquellos que representen un riesgo claro e inminente para un interés superior (*compelling interest*) del Estado. Dicha protección incluye discursos particularmente ofensivos para la sensibilidad o puntos de vista de otras personas,⁶⁹ como sucede con la pornografía.

Desde luego, de ello no se desprende que todos los discursos tengan la misma protección. En la doctrina norteamericana es común citar la expresión empleada por el juez de la Corte Suprema Holmes en la sentencia *Schenk vs. United States*, de 1919: no hay ninguna buena razón para tutelar la expresión falsa de un hombre que grita “¡Fuego!” en un teatro lleno de gente. Para distinguir entre los discursos que merecen ser protegidos y aquellos que no, la Corte, basándose en las ideas del propio Holmes en el caso *Schenk*, ideó el *test* del peligro claro e inminente (*clear and present danger*),⁷⁰ admitiendo que se trataba de una cuestión que merecía ser ponderada, ya que se requería una valoración de proximidad y de grado para determinar la existencia de ese peligro.

La tesis del peligro claro e inminente cobró todo su sentido en el caso *Brandenburg vs. Ohio*, de 1969, en el que la Corte tuvo que decidir si merecía protección constitucional un militante del Ku-Klux-Klan que había abogado por la violencia política y había sido condenado por ello. La Corte protegió la libertad de expresión empleando la noción del peligro claro e inminente y sostuvo que el Estado no puede prohibir que se *abogue* en favor de la violencia salvo cuando ello se dirige a incitar o producir de manera inminente una acción ilegal. La sentencia distingue entre las *fighting words* o palabras provocadoras, que no tendrían protección constitucional (también lo consideró así en el caso *R.V.A. vs. City of St. Paul*, de 1992, en el que tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de una norma que entre otras cuestiones castigaba la quema de cruces), y la *general advocacy of ideas* o defensa general de ideas, que deben ser protegidas por más ofuscadas o erróneas que nos parezcan.

⁶⁹ Cf. Ronald Dworkin, “Free speech, politics and the dimensions for democracy”, en ídem, *Sovereign Virtue. The theory and practice of equality* (4ª reimp.), Harvard University Press, Cambridge, 2002, pp. 365-366.

⁷⁰ Un análisis más detenido de la doctrina del riesgo o peligro claro e inminente puede encontrarse en Pablo Salvador Coderch (dir.), *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 25 y ss. Dentro de la literatura constitucional norteamericana, se puede ver el completo análisis de Tribe, o. cit., pp. 841 y ss.

En su sentencia del caso *R.V.A.* la Corte reconoce el derecho del gobierno a regular las *fighting words*, pero no lo autoriza a distinguir dentro de ellas las que le parezcan “políticamente incorrectas”, con lo que limita un discurso que se base en la hostilidad o simpatía hacia el mensaje subyacente. Varios integrantes de la Corte hicieron votos particulares señalando que las facultades del gobierno para hacer frente a ese tipo de manifestaciones debían ser más amplias, sobre todo cuando se trata de actos dirigidos contra minorías tradicionalmente discriminadas.⁷¹

3. *El financiamiento de la política*

La historia constitucional norteamericana presenta muchos casos interesantes para comprender los alcances de los derechos fundamentales y, en general, para penetrar en la lógica del Estado constitucional, pero también ofrece algunas decisiones que resultan difíciles de entender fuera del contexto social y político de los Estados Unidos. Tal es el caso de los criterios de la Corte Suprema que han entendido que la donación de dinero a partidos u otras organizaciones políticas es una manifestación que forma parte de la libertad de expresión y que, en consecuencia, las leyes que la limiten deben ser cuidadosas de no infringir la Primera Enmienda. Para la Corte, los gastos en favor de un ideario político o realizados para promover o combatir determinada política pública pueden formar parte de la expresión a favor de un partido, un candidato o una causa, y en ese sentido los límites legales a esa *expresión* pueden vulnerar la Primera Enmienda (se trata del caso *Buckley vs. Valeo*, de 1976; la misma tesis se aplicó a la legitimidad de los gastos de las grandes corporaciones en materia política en el caso *First National Bank of Boston vs. Bellotti*, de 1978).

La doctrina —aunque no de forma unánime— se ha mostrado muy crítica con el criterio de esa sentencia y ha intentado demostrar que la donación de dinero a las campañas, por un lado, no es una expresión, y por otro, que la sentencia de la Corte tenderá a hacer de la cuestión económica el factor determinante para una victoria electoral, lo cual puede tener consecuencias muy negativas para la democracia en Estados Unidos.⁷²

Owen Fiss considera que las donaciones a los partidos están protegidas por la libertad de expresión, ya que “el dinero sí es una expresión o, más exactamente, que el acto de gastar dinero es una actividad tan expresiva como una manifestación pública, y una vía tan importante para hacer avanzar los valores políticos de cada cual como el acto de vender un libro”.⁷³ No obstante, acepta que la limitación a las donaciones podría encontrarse en el principio de igualdad que protege la Decimocuarta Enmienda, ya que tales limitaciones llevarían a los pobres a una situación de mayor

⁷¹ Véanse las observaciones de Pablo Salvador Coderch, *El derecho de la libertad*, CEC, Madrid, 1993, pp. 20-23.

⁷² Dworkin, art. cit., pp. 351 y ss.

⁷³ Fiss, *La ironía...*, o. cit., p. 26.

igualdad política, “ofreciéndoles de ese modo una oportunidad para exponer sus intereses y para lograr que se tomen medidas que mejoren su posición económica”.⁷⁴

4. *La quema de banderas*

Como se ha dicho, la libertad de expresión alcanza a proteger expresiones o ideas consideradas profundamente equivocadas y que pueden parecer incluso ofensivas para el criterio de la mayoría. Que tales expresiones puedan seguir teniendo lugar en una sociedad democrática es una nueva prueba del carácter contramayoritario de los derechos fundamentales.

Una de las expresiones simbólicas que cuentan con mayor aprecio en muchos países es la bandera nacional, la cual incluso puede llegar a ser venerada. La Corte de Estados Unidos tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de una ley local de Texas que imponía penas privativas de la libertad a quien quemara la bandera estadounidense en público. En la sentencia del caso *Texas vs. Johnson*, de 1989, en una votación dividida de cinco contra cuatro, la Corte consideró que tales penas eran inconstitucionales pues limitaban indebidamente la libertad de expresión, una libertad que la propia bandera contribuía a defender. Quemar una bandera era nada más que una *expresión simbólica*. William Brennan, ponente de la sentencia, afirmó que es un principio inmovible de la Primera Enmienda que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea solamente porque la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable, y aseguró que el acto que se juzgaba en ningún momento supuso una amenaza inminente para la paz social.⁷⁵

La sentencia del caso *Johnson* desató una fuerte controversia nacional y el Congreso de los Estados Unidos dictó una ley que prohibía la quema de banderas. Al poco tiempo la Corte, por la misma mayoría de cinco a cuatro, la declaró también inconstitucional en el caso *United States vs. Eichman*, de 1990.⁷⁶ En su voto particular, el juez John Paul Stevens sostuvo que la ley sí era constitucional dado que no impedía que los manifestantes expresaran de muchas otras maneras sus ideas, por lo cual su impacto sobre la libertad de expresión era mínimo.

El Tribunal Constitucional Federal alemán también debió pronunciarse sobre actos que podían profanar u ofender su bandera, sin llegar a quemarla. Se trataba de una fotocomposición, en la contraportada de un libro antimilitarista, que daba como resultado la imagen de un hombre orinando sobre la bandera alemana. El Tribunal consideró que dicha composición satírica estaba protegida por la libertad de expresión, ya que el núcleo expresivo era simplemente una crítica (aunque fuera grosera o poco elegante) constitucionalmente admisible.⁷⁷

⁷⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁵ Un análisis más detenido del caso puede verse en Coderch, *El mercado...*, o. cit., pp. 36-45, con bibliografía adicional.

⁷⁶ Un comentario a esta sentencia se encuentra en Coderch, *El mercado...*, o. cit., pp. 525-528.

⁷⁷ El caso es referido por Coderch, *El derecho...*, o. cit., p. 19.

5. *La crítica a los funcionarios públicos*

En la historia constitucional estadounidense hay casos que han tenido un fuerte impacto interno y que también han contribuido al desarrollo de relevantes líneas de interpretación judicial en otros países. Casos como *Marbury vs. Madison*, *Brown vs. Board of Education* o *Roe vs. Wade* forman parte importante del constitucionalismo contemporáneo. En esa misma situación se encuentra el caso *New York Times vs. Sullivan*, de 1964, de cuya sentencia se ha dicho que es “probablemente una de las más citadas del siglo en los países de nuestra cultura”.⁷⁸

L. B. Sullivan había demandado al periódico *The New York Times* por publicar una inserción pagada en la que cuatro clérigos afroamericanos del estado de Alabama criticaban la actuación de las autoridades respecto a algunas manifestaciones en favor de los derechos civiles, varias de ellas encabezadas por Martin Luther King Jr. El demandante se sentía aludido porque era el responsable del cuerpo de policía al que se criticaba, y señalaba que varias de las afirmaciones eran falsas, como en efecto se demostró en el curso del juicio. Sullivan obtuvo de los tribunales de Alabama el derecho a una indemnización por daños en su reputación, profesión, negocio u oficio, pero la Corte Suprema revocó esas sentencias al declarar inconstitucional la ley en que se basaban, por cuanto violaba las enmiendas Primera y Decimocuarta y suponía una vulneración de la libertad de expresión.

La sentencia de la Corte fue dictada el 9 de marzo de 1964 bajo la ponencia del *justice* William Brennan y con una votación de nueve a cero. En la opinión de Brennan, la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas. Es más: cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate “desinhibido, robusto y abierto”, lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre y deben ser protegidos para que la libertad de expresión pueda respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público demande a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si lo era o no.

En la jurisprudencia posterior la Corte se ha mostrado oscilante acerca de si la doctrina del caso *Sullivan* puede extenderse a particulares, y concretamente a actores, atletas o personajes que, sin ser funcionarios públicos, son conocidos

⁷⁸ Coderch, *El mercado...*, o. cit., pp. 254-255; en ese mismo libro puede encontrarse un extenso análisis de la sentencia, pp. 254-260.

por la opinión pública. En ciertas circunstancias ha extendido a estos sujetos la tesis de *Sullivan* (por ejemplo, en *Curtis Publishing vs. Butts*, de 1972, o en *Associated Press vs. Walker*, de 1967), pero en otras no (como en *Gertz vs. Robert Welch Inc.*, de 1974).

El criterio de *Sullivan* fue retomado, en varias de sus partes, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens*, de 1986.⁷⁹

⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 275 y ss.