

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los más importantes derechos fundamentales es la libertad de expresión. Su relevancia deriva principalmente de que es un derecho al que, por muy diversas razones, los instrumentos jurídicos básicos siempre han prodigado una tutela especial.¹ Una explicación de lo anterior puede ser que este derecho representó “un cambio radical en la historia de la humanidad y [fue] pieza clave para el nacimiento del Estado democrático”, en la medida en que su institución implicó situar al individuo frente al poder público, no debajo de él, y reconocer que éste es un peligro potencial para su autonomía y la búsqueda de su felicidad, de acuerdo con la tradición liberal.²

Sin menoscabo de su importancia histórica y política, este derecho fundamental también amerita atención en virtud de que se trata de uno cuya operación posee una complejidad técnica como pocos. Su estudio ilustra muchos de los aspectos de la naturaleza de los derechos fundamentales cuya abstracción impide comprender hasta que los llevamos a situaciones más o menos concretas. Esto sin hablar de las inherentes dificultades de apreciar los hechos de los casos particulares, para determinar si la protección de este derecho fundamental se extiende o no a ellos.

Aunque la libertad de expresión ha sido tutelada por las principales Constituciones liberales mexicanas y otros instrumentos fundamentales de nuestro país,³ no fue sino hasta años recientes que se comenzaron a desarrollar

* Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor en la Facultad de Derecho de la UADY. *rasg75@hotmail.com*.

¹ Véase por ejemplo los artículos X y XI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

² *Cfr.* Parra Trujillo, Eduardo de la, *Libertad de expresión y acceso a la información*, México, CNDH, 2013, pp. 12-15.

³ Véanse los antecedentes constitucionales e históricos mexicanos de las libertades de expresión y de imprenta en Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo*

(de verdad) sus implicaciones y pormenores. Esto en realidad no tiene nada de extraño si consideramos que la atención a este derecho fundamental va de la mano del desarrollo cívico y democrático de una sociedad.

Ni siquiera en los Estados Unidos, país en que esta libertad disfruta de un lugar constitucional privilegiado y en la estima de la sociedad, se produjeron análisis jurisprudenciales y académicos que esclarecieran los contornos sutiles —y otros que no lo son tanto— de este derecho fundamental. Pese a que la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana lo prevé, no fue sino hasta el primer cuarto del siglo XX que la Suprema Corte estadounidense comenzó a protegerlo activamente.⁴ Y hoy en día, la jurisprudencia de ese país es una de las más completas —y complejas— sobre la libertad de expresión, abarcando una amplia temática que va desde la crítica a funcionarios públicos⁵ hasta el lenguaje malsonante.⁶

El año 2004 puede tenerse como una referencia más o menos clara en la historia jurisprudencial mexicana sobre la libertad de expresión.⁷ En dicho año, la Suprema Corte de Justicia de la Nación comenzó a tomar en serio este derecho fundamental, cuando al resolver el amparo en revisión 91/2004 perfiló incipientemente sus distintas vertientes o dimensiones.⁸ Desde entonces, nuestro Máximo Tribunal ha desarrollado una extensa y compleja doctrina jurisprudencial sobre la libertad de expresión, que tiene diversas líneas y que incluso ha llegado a resolver muy polémicos temas.⁹

mexicano. México a través de sus Constituciones, 8a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Congreso de la Unión-SCJN-TEPJF-IFE, 2012, t. I, pp. 678-688 y 726-742.

⁴ Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., *Constitutional law*, 8a. ed., St. Paul, West, 2010, p. 1252.

⁵ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁶ *Coben v. California*, 403 U.S. 15 (1971); y *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

⁷ Cfr. López Ayllón, Sergio, comentario al artículo 6o., en Cámara de Diputados, *op. cit.*, nota 3, pp. 645-646.

⁸ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, enero de 2005, tesis 1a. CLXV/2004, p. 421. Un antecedente importante fue “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *idem*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, tesis I.4o.C.57 C, p. 1709; resolución basada en la sentencia 171/1990, FFJJ. 4-5, del Tribunal Constitucional español.

⁹ Un recuento de los casos más importantes de esta línea jurisprudencial se presenta en Pou Giménez, Francisca, “La libertad de expresión y sus límites”, en Ferrer Mac-

El propósito de este documento no es detallar ni analizar el contenido de la doctrina jurisprudencial mexicana sobre el derecho fundamental a la libre expresión; ello requeriría una extensión mucho mayor, y por tanto una labor de naturaleza diferente. Más bien, el objeto del presente estudio es brindar algunas notas básicas en clave de derecho comparado e internacional de los derechos humanos que puedan servir de referencia, como una especie de “coordenadas”, para dar un contexto mayor a la situación jurisprudencial que guarda la libertad de expresión en la jurisprudencia mexicana. Podríamos considerar que estos apuntes buscan esbozar los contornos más elementales de una “teoría general” de este derecho fundamental, que podría servir de prisma para analizar el sistema jurídico mexicano para entender mejor la labor que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está desempeñando con respecto a este derecho fundamental.

La referencia al Derecho Internacional y el auxilio de la comparación jurídica ya no son lujos o florituras para el jurista mexicano, gracias al importante cambio que operó en nuestro sistema la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. En primer lugar, esta reforma tuvo como propósito “fortalecer el compromiso del Estado mexicano” para con los derechos humanos y “facilitar su justiciabilidad”;¹⁰ para lo cual —con reserva por la importante contradicción de tesis 293/2011— otorgó rango constitucional a las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, y obligó a que éstas se conjunten sistemáticamente con la disposiciones constitucionales, a fin de lograr una interpretación “integradora”

Gregor Poisot, Eduardo, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2013, t. I, pp. 920 y ss. Pienso que a esta relación debería añadirse —pues seguramente la excluyó al no haberse dictado al tiempo de su redacción— la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 2806/2012, en la cual el Máximo Tribunal se refirió por primera vez —al menos según mi conocimiento— al “*hate speech*”.

¹⁰ “DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXI, junio de 2013, t. 1, tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.), p. 602.

de ambos campos jurídicos.¹¹ En segundo término, al implantar el principio de universalidad de los derechos humanos como lineamiento fundamental de la aplicación de éstos en el sistema jurídico mexicano, el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional lleva a la necesidad de por lo menos echar un vistazo a la práctica de otras jurisdicciones; sin perjuicio de otros aspectos de dicho principio, no podremos saber si entendemos los derechos fundamentales en términos “universales”, si no comparamos nuestra interpretación con la desarrollada fuera de nuestro ámbito.¹²

Por lo anterior, y sobre todo atenta la referencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y otros tribunales a la jurisprudencia internacional y extranjera¹³ con respecto a la libertad de expresión; precisamos un contexto más amplio para analizar este derecho fundamental y la interpretación que le da nuestro Tribunal Constitucional. Este trabajo busca comenzar a explorar algunos lineamientos de orden internacional y comparado, refiriéndolos en la medida de lo posible a la reciente interpretación de nuestro Máximo Tribunal sobre el derecho fundamental a la libre expresión.

II. UNA PRIMERA DEFINICIÓN

Es imposible exponer cabalmente la libertad de expresión, grosso modo el derecho fundamental a externar ideas e informaciones, de una

¹¹ Véase Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, 2013, pp. 34 y 113-120.

¹² *Cfr.* Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 143. Acerca de los problemas del empleo de la comparación jurídica en la interpretación constitucional, véase Ponthoreau, Marie-Claire, “La circulación judicial del ‘argumento de derecho comparado’”. Algunos problemas teóricos y técnicos a propósito del recurso a precedentes extranjeros por el juez constitucional”, trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 14, julio-diciembre de 2010, pp. 225-246.

¹³ Sobre el último aspecto, *cfr. supra*, nota 5; “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XIX, abril de 2013, t. 1, tesis 1a./J. 38/2013 (10a.), p. 538; y TEPJF (Sala Superior), SUP-JDC-393/2005, 24 de agosto de 2005, considerando segundo, § III.

manera que agote sus alcances y sutilezas, ya no en términos comparativos —“universales”— sino siquiera con referencia a la abundante y meticulosa jurisprudencia norteamericana, “pionera en el tema [...] y [...] modelo para los pronunciamientos jurisprudenciales de muchos otros países”.¹⁴

Las siguientes líneas pretenden algo mucho más simple: dar bases muy elementales que puedan servir de apoyo a reflexiones posteriores.

La primera cuestión a resolver sobre este derecho fundamental es definir este derecho y su extensión. En este aspecto son tres las principales dificultades para elaborar un concepto “universal” de “libertad de expresión”: 1) la diferente denominación que este derecho recibe en cada sistema, la cual puede sesgar su entendimiento;¹⁵ 2) las diferencias entre los textos (constitucionales e internacionales) que la formulan;¹⁶ y 3) su yuxtaposición con otras libertades como las de información¹⁷ e imprenta, cuya delimitación a veces no es fácil de distinguir aunque siempre estén regidas por su “indivisibilidad” e “interdependencia”,¹⁸ lo que lleva a hablar de un conjunto de “derechos

¹⁴ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2006, p. 415. Los precedentes norteamericanos sobre el tema no están muy lejos en cantidad y calidad de la jurisprudencia alemana y la del Tribunal de Estrasburgo.

¹⁵ En lengua inglesa es más común la locución “libre discurso (*free speech*)” que “libre expresión (*free expression*)”. Los alemanes hablan de una “libertad de opinión (*Meinungsfreiheit*)” o de “manifestación de la opinión (*Meinungsäußerungsfreiheit*)”. A este punto, aunque refiriéndose a las diferencias textuales entre la Constitución y los tratados internacionales, me parece aplicable la idea de que “no es necesario embarcarse en una operación interpretativa compleja”, ya que siempre pueden encontrarse “fuentes textuales [...] mucho más tersas y abarcativas”, calidades que “permite[n] tomarlas como referencia”; expresada en Pou Giménez, *op. cit.*, nota 8, pp. 905-906.

¹⁶ Mientras expresamente la Primera Enmienda estadounidense aparentemente sólo vincula al Poder Legislativo, pero sin reserva alguna; el artículo 6o. de la Constitución mexicana excluye a éste y se refiere a la “inquisición judicial o administrativa” que admite en varios supuestos (ejemplo tomado de Carbonell, *op. cit.*, nota 13, p. 371); y a la vez, las distintas secciones del artículo 5o. de la Ley Fundamental germana distinguen la libre expresión de la opinión *in genere* de sus especies artística y científica.

¹⁷ La “versión moderna” de la libertad de expresión por lo menos la “hermana” con el derecho a la información; tan cercano es su vínculo que se ha considerado a aquélla incluida en el último; *cfr.* Parra Trujillo, *op. cit.*, nota 2, p. 12; y López Ayllón, *op. cit.*, nota 7, p. 645. A mi parecer, conviene *mantener la diferencia entre ambos derechos*: cada uno refiere un aspecto del proceso de comunicación que en determinadas circunstancias es afectado primordialmente, y para un estudio claro del caso particular es necesario enfocar este punto exacto de afectación principal, lo que sólo puede hacerse con conceptos con la máxima precisión.

¹⁸ *Cfr.* CIDH, *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros v. Chile)*, fondo, 5 de

fundamentales de la comunicación”.¹⁹

Usaré la denominación “libertad de expresión”, pues parece más apropiada por aludir a toda clase de manifestaciones del espíritu humano, y no parece limitarse a aquellas de naturaleza lingüística o estrictamente intelectual, inclinación que parece tener la referencia al “libre discurso”. No pienso que usar el término “expresión” para designar este derecho fundamental, “llev[e] la connotación de que lo expresado es de alguna manera subjetivo”,²⁰ o por lo menos “subjetivo” en el sentido de que sea imposible atribuirle un significado válido.

Una hermenéutica moderna enseña que todo está sujeto a interpretación, y que nada tiene un significado inmanente y unívoco, sino que un mismo objeto puede representar distintas cosas para cada sujeto, siempre de acuerdo a las circunstancias. Pero de ello no se sigue que la interpretación sea incapaz de arribar a conclusiones válidas, pues aunque gran parte de su ámbito es relativo, mantiene aspectos objetivos y aun absolutos en cierto contexto — como generalmente es la fórmula del texto interpretado—, que sirven para calificar su corrección.²¹ De esta manera, se debe partir del postulado de que es posible adjudicar algún significado a toda “expresión”, que permita valorar si está o no protegida.

Por lo que respecta a formas de expresión, parece claro que este derecho fundamental protege a todas; no se limita a la formulación lingüística de ideas, sino también tutela su representación gráfica y aun simbólica. La manifestación de cualquier “signo” en sentido semiótico que comunique o pudiera comunicar algo,²² está protegida por la libertad de expresión.²³ Por eso, y en el seno de su simbiosis, la teoría jurídica de la libertad de expresión —y por supuesto, las decisiones judiciales a su respecto— tiene que tomar en

febrero de 2001, § 65.

¹⁹ Como hacen Michael, Lothar y Morlok, Martin, *Grundrechte*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 125, 135 y 151.

²⁰ Warburton, Nigel, *Free speech. A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 6.

²¹ Véase Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 3a. ed., México, UNAM-Itaca, 2005, *passim*, especialmente pp. 41-42.

²² Véase Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, trad. de Carlos Manzano, México, Debolsillo, 2006, pp. 22 y 83.

²³ *Cfr.* Warburton, *op. cit.*, nota 19, pp. 4-5.

cuenta las “comprensiones contemporáneas de los procesos comunicativos”,²⁴ además de transitar por la epistemología y la semiótica.

El ámbito de la libertad de expresión tutela preeminentemente la manifestación de ideas y opiniones políticas, pero este rubro no lo agota. El mencionado derecho fundamental tiene tan distintas funciones, que es el mejor ejemplo de la “doble dimensión de los derechos fundamentales”, según la cual simultáneamente son derechos subjetivos de defensa de la persona e instituciones con un cometido social —una vertiente más de su calidad objetiva, válida para todos los ámbitos jurídicos—. ²⁵

La libertad de expresión es una de las “grandes, indispensables libertades democráticas”.²⁶ Como afirmó el Tribunal Constitucional Federal alemán, es “absolutamente constitutiv[a]” del orden liberaldemocrático, porque la posibilidad de discutir libremente es el “elemento vital” de este sistema político.²⁷ Y Ronald Dworkin resumió con claridad por qué este derecho es fundamentalísimo para la democracia:

La libertad de expresión es una condición del gobierno legítimo. Las leyes y políticas no son legítimas a menos que se hayan adoptado a través de un proceso democrático, y un proceso no es democrático si

²⁴ Sobre la interdependencia entre las teorías jurídica y comunicativa respecto de este derecho fundamental, véase Parker, Richard A., “Communication studies and free speech law”, en *idem* (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, Tuscaloosa, Universidad de Alabama, 2003, pp. 10-11.

²⁵ Cfr. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Absatz 2 Grundgesetz*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1983, pp. 4 y ss., y 92 y ss.; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 127. En concreto sobre la libertad de expresión: Chafee, Zechariah, *Free speech in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, citado por Smolla, Rodney A., *Jerry Falwell v. Larry Flynt. The First Amendment on trial*, Nueva York, St. Martin's Press, 1988, p. 229; y Grimm, Dieter, “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich/Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 48, núm. 27, 5 de julio de 1995, p. 1697. Véanse STC 25/1981, F.J. 5; CIDH, *La última tentación de Cristo*, *cit.*, nota 17, § 64 y 67; y “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XVI, enero de 2013, t. 1, tesis 1a. XXI/2013 (10a.), p. 627.

²⁶ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 530 (1945).

²⁷ BVerfGE 7, 198 (208) —Lüth—. En el mismo sentido: TEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 49; y CIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, § 70.

el gobierno ha impedido a cualquiera expresar sus convicciones sobre lo que deberían ser esas leyes y políticas.²⁸

Pero su importancia en el proceso democrático no lleva a que el ámbito político o los asuntos públicos stricto sensu sean los únicos temas que este derecho fundamental protege, sino que se extiende a todos los indispensables o meramente útiles para que las personas desenvuelvan su existencia.²⁹ La libertad de expresión y de prensa “no están confinadas a algún campo del interés humano”,³⁰ sino comprenden “el derecho [...] a recibir adecuado acceso a ideas y experiencias sociales, políticas, estéticas, morales y otras”.³¹ Las dimensiones artística y científica de la libertad de expresión también tienen un valor social innegable,³² que desde el plano internacional consagra el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En suma, en su dimensión social, la libertad de expresión tiene por objeto una “comunicación social abierta”, que permita la circulación de “nuevos conocimientos” y con ello la capacidad de aprendizaje de sus integrantes;³³ en principio, muy ampliamente y sin limitación de medios o contenidos.³⁴

²⁸ “The right to ridicule”, *New York Review of Books*, 53/5, 23 de marzo de 2006; citado por Warburton, *op. cit.*, nota 19, pp. 3-4. Véanse también CIDH, *La última tentación de Cristo*, *cit.*, nota 17, § 68; y Carbonell, *op. cit.*, nota 13, pp. 371-373.

²⁹ Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 134 y ss. Véanse *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 388 (1967); y “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE LA VIDA PRIVADA DE LAS PERSONAS PUEDE AMPARARSE POR ESTE DERECHO SI SE JUSTIFICA SU INTERÉS PÚBLICO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XX, mayo de 2013, t. 1, tesis 1a. CXXXII/2013 (10a.), p. 553.

³⁰ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 531 (1945).

³¹ Cfr. *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 (1969). La misma idea pero respecto de la libertad de asociación, en *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 460-461 (1958).

³² Ejemplarmente reconocidas, como ya indicamos, por el artículo 5.3 de la Ley Fundamental alemana en lo que probablemente fue una reacción contra el nacionalsocialismo. Véanse Hesse, *op. cit.*, nota 24, pp. 174-175; y Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 18, pp. 137-142.

³³ Cfr. *ibidem*, p. 124.

³⁴ Cfr. O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2a. ed., México, OACNUDH-TSJD, 2012, p. 702.

Debiendo al célebre ensayo de John Stuart Mill sobre la libertad,³⁵ es un lugar común de la jurisprudencia norteamericana que la libertad de expresión busca “preservar un desinhibido mercado (market-place) de ideas en que la verdad finalmente prevalecerá”.³⁶ Esta metáfora económica se acuñó en la opinión disidente del justice Oliver Wendell Holmes de que “el mejor examen de la verdad es el poder del pensamiento para hacerse aceptar por sí mismo en la competencia del mercado”.³⁷

Sin embargo, la libertad de expresión también tiene una dimensión subjetiva, de “realización personal”,³⁸ que la justifica en la medida en que la comunicación del pensamiento es una acción que despliega la personalidad.³⁹ Además, es “constitutiva” de una sociedad justa, porque con ella el poder público trata a todos sus ciudadanos como “agentes morales responsables” — con lo que también guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, aunque esto admite reflexiones más detenidas—. ⁴⁰ La libre expresión “no es meramente útil”, sino que “es buena en y por sí misma”.⁴¹

Aparte del aspecto “instrumental” que señalamos sobre su función de permitir el libre intercambio de ideas para el progreso social, que el fin

³⁵ “A menos que las opiniones [...sobre los] existentes antagonismos de la vida práctica se expresen con igual libertad, y se refuercen (*enforce*) y defiendan con igual talento y energía, no habrá oportunidad de que ambos elementos obtengan lo que les corresponde. [...] sólo a través de la diversidad de opiniones hay [...] una oportunidad de juego justo para todos los lados de la verdad”, *On liberty*, Mineola, N.Y., Dover, 2002, cap. II, pp. 39-40. Expresando reserva sobre la aplicabilidad actual de Mill —algo natural tratándose de los clásicos, que hoy no deben tomarse sin precaución—, véase Warburton, *op. cit.*, nota 19, pp. 31-32.

³⁶ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 (1969). Señalando la interdependencia de este “mercado” con el derecho a la información: *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301, 308 (1965) (Brennan, concurrente). Véase “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SU FUNCIONAMIENTO EN CASOS DE DEBATE PERIODÍSTICO ENTRE DOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. IV, enero de 2012, t. 3, tesis 1a. XXVI/2011 (10a.), p. 2910.

³⁷ *Abrams v. United States*, 260 U.S. 616, 630 (1919). Véase Nowak y Rotunda, *op. cit.*, nota 4, pp. 1270-1271 y 1293-1294.

³⁸ *Cfr. ibidem*, p. 1271.

³⁹ Faúndez Ledesma, *op. cit.*, nota 28, pp. 44-46.

⁴⁰ *Cfr. Dworkin, Ronald, Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, 3a. ed., Cambridge, E.U.A., Harvard University Press, 1999, pp. 73 y 200-201.

⁴¹ Nowak y Rotunda, *op. cit.*, nota 4, p. 1295.

último del Estado sea garantizar la posibilidad de que las personas sean “libres para desarrollar sus facultades”, lleva a que “la libertad para pensar como se quiera, y para hablar como se piensa” sea “tanto un fin como un medio”.⁴² La formulación del propio pensamiento y su comunicación —o su reserva, en ejercicio de la faceta negativa de este derecho— es una de las maneras en que la persona toma posición ante el mundo, determina sus fines —acción fundamental para la dignidad humana, según el clásico concepto kantiano, y una las vertientes en que se despliega su personalidad moral autónoma.⁴³ La mencionada faceta de este derecho humano es tan importante, que descuidarla o contar exclusivamente con la “instrumental” antes señalada, resulta “peligroso para la libertad de expresión” y “ominoso para la libertad y [aun] la democracia”.⁴⁴

La libertad de expresión es comprensiva.⁴⁵ Abarca tanto la opinión en sentido estricto —de la cual no puede predicarse “verdad” o “falsedad”⁴⁶— como las afirmaciones de hechos que son “presupuestos para formar la opinión”. En los ya clásicos términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

⁴² Cfr. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 374-376 (1927) (Brandeis, concurrente); véase Nowak y Rotunda, *op. cit.*, nota 4, pp. 1294-1296, haciendo notar que este *justice* designó su opinión como “concurrente” al parecer para darle “un poco más de autoridad”, pero más bien “se lee como una disidente”.

⁴³ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 9a. ed., trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 1996, pp. 44-45 y 48-49; Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 348; y Warburton, *op. cit.*, nota 19, p. 7. Subrayando que la dignidad humana implica el *inviolable valor independiente* que el ser humano posee por sí mismo, no obstante su (tensa) relación con la colectividad: BVerfGE 2, 1 (12); 6, 32 (36), 12, 45 (53-54); 30, 173 (193) —*Mephisto*—; y 45, 187 (227); y en la literatura: Häberle, Peter, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, vol. II, pp. 351-352 (diciendo que el “pueblo” no es una “grandeza (*Größe*) mística” sino la agrupación de una multitud de *seres humanos* y su dignidad); y Schmitt Glaeser, Walter, *Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes. Eine Einführung*, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, p. 33.

⁴⁴ Cfr. Dworkin, *op. cit.*, nota 39, pp. 203 y 207.

⁴⁵ Cfr. BVerfGE 33, 1 (14-15); y 90, 241 (247-248). Véase Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 18, pp. 126-128.

⁴⁶ Cfr. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974); y BVerfGE 90, 241 (247). “Existe la más grande diferencia entre presumir que una opinión es verdadera, porque no ha sido refutada en toda oportunidad para rebatirla, y suponer su verdad para el propósito de no permitir su refutación”, Mill, *op. cit.*, nota 34, cap. II, p. 16.

“ella no solamente vale para las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que afrenten (heurter),⁴⁷ choquen o inquieten al Estado o a cualquier fracción de la población. Así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay “sociedad democrática”.⁴⁸

Si los derechos fundamentales son contramayoritarios, en tanto su consagración busca impedir que una mayoría legislativa les pase por encima,⁴⁹ puede decirse que la libertad de expresión es el que posee esa calidad en mayor grado. Este derecho fundamental se halla, “en su núcleo, diseñado para proteger el desacuerdo político y el disenso”, no sólo en favor del individuo que se vale de él, sino también de la sociedad entera que se beneficia del “amplio rango de visiones” que componen el marketplace of ideas; protegiéndolos de los “dañinos efectos —aun económicos— de la conformidad” y de la “tiranía de la mayoría” que Mill deploró y en cuya contra previno.⁵⁰ Esta libertad tiene como “premisa central, definitoria”, que el carácter ofensivo (offensiveness) de las manifestaciones o su desafío (challenge) a las ideas tradicionales, no es razón válida ni suficiente para censurarlas; “una vez que esta premisa se

⁴⁷ Este término usado en la versión francesa y *auténtica* de esta sentencia tiene muy diversas acepciones, que van más allá de la “ofensa” que expresa la inglesa. Puede significar “golpear”, “ofender”, “herir”, y “contrariar” de un modo que produzca incomodidad, desagrado o rechazo intensos —o sea, “chocar”—. Por eso nos parece mejor traducir aquí ese vocablo de la manera indicada. *Cfr.* Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 364 y la nota al reverso de la portada interior de esta obra.

⁴⁸ Handyside, loc. cit., nota 26. Indicando que estas ideas constituyen “jurisprudencia constante”, véase TEDH, Nilsen et Johnsen c. Norvège, fondo y satisfacción e quitativa, 25 de noviembre de 1999, § 43. *Cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE”, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. época, lib. XIX, abril de 2013, t. 1, tesis 1a./J. 32/2013 (10a.), p. 540.

⁴⁹ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 47; Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, 19a. ed., Cambridge, E.U.A., Harvard University Press, 2002, pp. xi, 133 y 146; y BVerfGE 69, 315 (343).

⁵⁰ *Cfr.* Sunstein, Cass R., *Why societies need dissent*, Cambridge, E.U.A., Harvard University Press, 2005, pp. 98 y 210-213. Véanse *supra*, nota 36; Mill, *op. cit.*, nota 34, cap. I, p. 4; y BVerfGE 33, 1 (15).

abandona, es difícil ver qué significa la libre expresión”.⁵¹

Este derecho fundamental justamente adquiere pleno sentido en relación con las manifestaciones que “contrarían, chocan o inquietan”.⁵² Nadie piensa en coartar las ideas con que coincide, le son satisfactorias o lo aseguran, ciertamente cobijadas por la permisión que provee esta libertad; al contrario, es en provecho de manifestaciones que corren el riesgo de ser proscritas, que su carácter defensivo como derecho subjetivo⁵³ se despliega a cabalidad. “[E]l derecho se inventó por miedo a lo injusto”;⁵⁴ y por miedo a la censura las disposiciones constitucionales e internacionales salvaguardan este derecho.⁵⁵

En resumen, el derecho fundamental a la libre expresión que en principio permite manifestar toda idea y comunicar toda información, tiene un “doble fundamento” en las indisolubles vertientes individual y colectiva en que se despliega.⁵⁶ Pero a diferencia de la cabeza de Jano, dice Dworkin, estas dos facetas no se oponen sino que mantienen coincidencias y se traslapan.⁵⁷ Perder de vista alguna de ellas impide entender cabalmente este complejísimo derecho fundamental, y por ende asegurar la justa ubicación de sus confines y

⁵¹ Cfr. Dworkin, *op. cit.*, nota 39, p. 206.

⁵² “[P]ienso que debemos ser eternamente vigilantes (*eternally vigilant*) contra los intentos por controlar la expresión de opiniones que aborrecemos y creemos que están cargadas de muerte, a menos que amenacen tan inminentemente con la interferencia inmediata en los propósitos lícitos y apremiantes del derecho, que se requiera un control inmediato para salvar al país”, *Abrams v. United States*, 260 U.S. 616, 630 (1919).

⁵³ “Derecho de defensa (*Abwehrrecht*)” para los alemanes. Véase *supra*, nota 24.

⁵⁴ “[I]ura inventa metu iniusti”, Horacio Flaco, Quinto, *Sátiras*, trad. de Rubén Bonifaz Nuño, México, UNAM (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), 1993, p. 17 (I:iii:111). Cfr. *supra*, nota 48; y Dworkin, *op. cit.*, nota 39, p. 74.

⁵⁵ La historia de la misma Primera Enmienda norteamericana apoya este aserto. El texto original de la Constitución estadounidense no previó la libertad de expresión, porque se pensó que el sistema de poderes atribuidos impedía la proscripción de opiniones, ya que no se habían otorgado facultades al gobierno en ese sentido; “[l]a presión popular, sin embargo, demandó una expresión más articulada de la libertad de los individuos frente a la interferencia gubernamental”, la cual desembocó en el *Bill of Rights* de 1791 que incluyó dicha enmienda. Véase Nowak y Rotunda, *op. cit.*, nota 4, p. 1268.

⁵⁶ Cfr. Grimm, *op. cit.*, nota 24, p. 1698. Véase también *Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 U.S. 485, 503-504 (1984). Aparte de sus funciones para la “autodefinición” personal y su “relación estructural con el funcionamiento del sistema democrático”, Pou Giménez indica que la libertad de expresión también es “un ingrediente necesario para el adecuado ejercicio de otros derechos fundamentales” (*op. cit.*, nota 8, pp. 913-914).

⁵⁷ *Op. cit.*, nota 39, p. 201.

su plena efectividad.

III. LÍMITES PROPORCIONALES

1. Libertad de expresión y principio de proporcionalidad

Seguramente muchos, si no todos, coincidiremos en que los derechos fundamentales no son absolutos, es decir que las conductas amparadas por ellos no están garantizadas ilimitadamente.⁵⁸ El problema es determinar dónde ubicar sus fronteras y, sobre todo, cómo hacerlo correctamente.

La libertad de expresión no sólo también participa de la posible limitación de su género, sino que su conflicto con otros principios constitucionales es el caso de pizarrón que ilustra las dificultades para resolver los conflictos entre derechos fundamentales.⁵⁹ Y aún más: la discusión sobre cómo delimitar aquel derecho fundamental ha ocasionado en el derecho norteamericano una intensa discusión doctrinal y jurisprudencial, que desde luego puede replicarse en cualquier otro sistema, sobre la misma teoría que justifique la restricción de los derechos básicos y el papel que los tribunales constitucionales desempeñan en ello.⁶⁰

A continuación expondré a muy grandes rasgos los perfiles fundamentales de esta problemática. Aunque lo haré con referencia a la libertad de expresión, pensamos que nuestras consideraciones también podrían ser aplicables a otros derechos fundamentales.

En resumen, existen dos posiciones encontradas sobre los límites de los derechos fundamentales, basadas en diferentes concepciones jurídicas y

⁵⁸ Cfr. "GARANTÍAS INDIVIDUALES", Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXXIV, p. 2536; y "DERECHOS Y PRERROGATIVAS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SON INDISPONIBLES PERO NO ILIMITADOS", Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 311, p. 1294.

⁵⁹ Cfr. Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 10; y Serna, Pedro, y Fernando Tóller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 5 y 29.

⁶⁰ Véase Shapiro, Martin, *Freedom of speech. The Supreme Court and judicial review*, Nueva Orleans, Quid Pro Books, 2011, p. 2.

iusfundamentales, y sus respectivas metodologías.⁶¹ La primera de ellas, la más tradicional, sostiene que las fronteras de un derecho fundamental deben estar muy precisamente delineadas —positiva o teóricamente—, de manera que sólo tutelaré una conducta cuando se subsuma en esos confines; y entonces, los alcances del derecho respectivo serían absolutos. La segunda mantiene la idea de que la conducta relacionada con un derecho fundamental se halla *prima facie* protegida por él, y sólo cuando una ponderación entre ella y las circunstancias que en el caso se le oponen, resulte en que éstas tienen mayor peso en el caso particular, la restricción de aquel derecho se hallará justificada en esa precisa situación; así, la extensión del derecho fundamental sería relativa e incluso casuística.

Aunque la segunda concepción tiene adeptos entre prestigiadas jurisdicciones, la confrontación entre ambas percepciones parece condenada a no tener fin. Con distinta terminología o construcciones teóricas más elaboradas,⁶² el debate entre ellas es recurrente y posee incluso un fuerte cariz ideológico, aunque bien vistas no pueden tomarse como rivales, pues han estado “estrechamente entrelazadas”.⁶³

A mi parecer, lleva razón la segunda de dichas posiciones, y los límites de los derechos fundamentales, entre ellos la libre expresión, deben formularse legal o jurisdiccionalmente con base en el principio de proporcionalidad en sentido lato, del que forma parte integrante la ponderación.⁶⁴

⁶¹ Véanse Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 19-24; y Alexy, *op. cit.*, nota 58, pp. 3-4.

⁶² Véase Von Bernstorff, Jochen, “Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: Protección del contenido esencial de los derechos humanos por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, trad. de Henry Jiménez Guanipa, en Von Bogdandy, Armin et al. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un “ius constitutionale commune” en América Latina*, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2011, pp. 151-180.

⁶³ *Cfr.* Shapiro, *op. cit.*, nota 59, p. 76.

⁶⁴ *Cfr.* Parra Trujillo, *op. cit.*, nota 2, pp. 38-42; CIDH, *Kimel v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, § 58; y CIDH, *Mémoli v. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 22 de agosto de 2013, § 130. Sobre el examen de proporcionalidad lato sensu en términos generales, véanse Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; “Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”, Pleno, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-

A muy grandes rasgos, el principio de proporcionalidad impone que la restricción de un derecho fundamental estará justificada cuando sea indispensable para satisfacer otro objetivo dispuesto por la Constitución.⁶⁵ Pero no se trata de una “indispensabilidad” abstracta, sino una establecida a partir de parámetros de idoneidad, necesidad y “ponderación”, significando esto último la determinación de cuál de los bienes jurídicos debe prevalecer por tener mayor “peso” en el conflicto, al ser menoscabado más intensamente que el beneficio obtenido por su contrario.⁶⁶ A partir de estos parámetros, se formulará una regla de precedencia concreta que podrá usarse en casos futuros para constatar la validez de las restricciones ya formuladas o bien interpretarlas más precisamente.

En mi opinión, esta posición “relativa” —que realmente no lo es tanto— debe preferirse a una “absoluta” —que tampoco lo es tanto— que defina por categorías y subsunción si una conducta está o no protegida por un derecho fundamental. La razón que me parece determinante para ello es que incluso la definición de dichas categorías debe basarse en un juicio de proporcionalidad para no ser arbitraria.

El legislador (constitucional u ordinario) puede imponer determinados límites a los derechos fundamentales, o pueden hacerlo la doctrina o la jurisprudencia, incluso mediante la formulación de apotegmas —como sería para la libertad de expresión el “clear and present danger” norteamericano⁶⁷—. Pero dichas fórmulas deben reflejar el reconocimiento de una relación objetiva entre el derecho fundamental y el principio que se le oponga, dada en determinadas circunstancias en que uno u otro obtiene mayor valor concreto.

No es garantía alguna para su corrección que se pudiera determinar ad libitum las fronteras de un derecho fundamental mediante una regla obtenida quizá por “iluminación”; ellas deben basarse en la razonabilidad, y la mejor técnica para obtenerla es un examen de proporcionalidad, que dé lugar a la

2011, t. I, tesis 321, p. 1310; CIDH, Kimel, cit., § 58 y ss.; y CIDH, Castañeda Gutman v. México, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186.

⁶⁵ Cfr. “DERECHOS Y PRERROGATIVAS...”, cit., nota 57.

⁶⁶ Véase Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH-CEDHA, 2008, pp. 11-37.

⁶⁷ *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919). El cual “simbolizó ciertas creencias básicas americanas sobre la libertad de expresión” (Shapiro, *op. cit.*, nota 59, p. 167).

“regla de precedencia concreta” que defina la categoría correspondiente. Ciertamente es que la proporcionalidad no conduce a respuestas unívocas, pero tampoco lo hace la subsunción en la que asimismo hay —y no pocas veces muy ampliamente— un margen de discrecionalidad sobre cuestiones jurídicas y fácticas, así como en la argumentación con que se llega a una conclusión.

2. La ponderación como criterio (prácticamente) único

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación pareció expresar que los límites de la libertad de expresión no se establecen en función del examen de proporcionalidad *lato sensu*.⁶⁸ En realidad, la naturaleza compleja de este derecho y su relación frecuentemente conflictiva con otros hacen ineficiente analizar expresa y pormenorizadamente sus restricciones a la luz de todas las fases de este principio, y muchas veces es más fácil —con una suerte de entimema— omitir y dar por supuestos ciertos razonamientos que no atañen al punto de verdadero conflicto entre los bienes jurídicos del caso particular.

Muchas veces (por ser conservador) no será conclusivo usar el parámetro de “idoneidad” o “necesidad” respecto de la libertad de expresión, sino que habrá de pasarse directamente a la “ponderación”, porque es evidente que las anteriores fases han sido superadas en el caso particular. Por ejemplo: una expresión generalmente será adecuada y aun necesaria al fin de “auto-realización” de quien la formula (dimensión individual), aunque no siempre para contribuir a la discusión de un asunto de interés público (dimensión colectiva); pero aquellos subprincipios serán provechosos para determinar si en el caso se realiza esta última faceta de la libertad de expresión, y si este derecho fundamental tiene mayor peso y requiere tutela.⁶⁹

Esto apunta a que el principio de proporcionalidad *lato sensu* es válido para señalar las fronteras de la libertad de expresión, como las de cualquier otro derecho fundamental.⁷⁰ Que casi siempre una manifestación

⁶⁸ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TEST DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LA INFORMACIÓN PRIVADA DE LAS PERSONAS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, 10a. época, lib. XX, mayo de 2013, t. 1, tesis 1a. CXXXV/2013 (10a.), p. 561.

⁶⁹ Véase “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES IMPERTINENTES SON AQUELLAS QUE CARECEN DE UTILIDAD FUNCIONAL EN LA EMISIÓN DE UN MENSAJE”, Primera Sala, *idem*, 10a. época, lib. XX, mayo de 2013, t. 1, tesis 1a. CXLV/2013 (10a.), p. 556.

⁷⁰ *Supra*, nota 63.

sea “idónea” o “necesaria” al menos para el “fin legítimo” de “autorrealización” de quien la formula, y que por tanto esas calidades apoyen su posible licitud constitucional, debiéndose luego hacer una “ponderación” y examinar su proporcionalidad stricto sensu —y a veces proceder a ello inmediatamente—, no significa que aquel principio y sus indicados parámetros carezcan de validez para este problema, sino constituye su actualización positiva que es algo diferente.⁷¹

Desafortunadamente, no puedo detenerme aquí para exponer con más detalle lo anterior, pero creo que las razones que acabo de expresar bastan para concluir que, casi siempre, la relación entre la libertad de expresión y otros derechos con que colisiona se decide en la fase de ponderación del examen de proporcionalidad en sentido lato.

Lo que de cualquier manera sí puede sacarse en claro, es que la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, tanto en su dimensión individual como colectiva, le imprime “una sacralidad (sanctity) y una sanción que no permiten dudosas intervenciones (intrusions)”, sino sólo las “justificadas por un claro interés público amenazado, no dudosa ni remotamente sino por un peligro claro y actual (clear and present danger)”, “permiti[endo] la máxima amplitud para la discusión, [y] el campo más estrecho para su restricción”.⁷² Esta idea no aplica simplemente a los discursos que ocasionen molestia o disgusto, sino aun puede decirse que éstos son el beneficiario primordial —aunque no absoluto— de la libertad de expresión, y frente a ellos este derecho fundamental “resulta más valios[o]”.⁷³ De este modo, para analizar la legitimidad de una cierta restricción a la manifestación de las ideas —sobre todo cuando se dirige a su contenido—, se debe partir de la “presunción general [iuris tantum] de cobertura constitucional de todo

⁷¹ Subrayando la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto dentro, sin negarlo, del examen de proporcionalidad en sentido lato con que se analizan las restricciones a la libertad de expresión, se pronuncia Parra Trujillo, *op. cit.*, nota 2, p.39.

⁷² *Supra*, nota 25 (cursivas añadidas).

⁷³ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XIX, abril de 2013, t. 1, tesis 1a./J. 31/2013 (10a.), p. 537 (cursivas añadidas). Véase también “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIOSAS SON AQUELLAS QUE CONLLEVAN UN MENOSPRECIO PERSONAL O UNA VEJACIÓN INJUSTIFICADA”, Primera Sala, *idem*, 10a. época, lib. XX, mayo de 2013, t. 1, tesis 1a. CXLIV/2013 (10a.), p.557. *Cfr. supra*, notas 47 y 51.

discurso expresivo”,⁷⁴ lo que impone la carga argumentativa y probatoria de su licitud a quien desee demostrarla.

IV. APUNTES FINALES

Desde luego, las anteriores notas no alcanzan a iluminar todas las facetas de un derecho fundamental tan complejo como la libertad de expresión. Cada una de ellas requiere de un análisis pormenorizado que atienda a sus peculiaridades; no es lo mismo el discurso político que el comercial o el de odio.

Sin embargo, como se mostró en las secciones anteriores a través de las coincidencias en la interpretación de distintas jurisdicciones, es viable forjar un “tronco común” que oriente y dé unidad a nuestra comprensión de la libertad de expresión. Más aún, las concepciones generales que formen ese núcleo sustantivo de este derecho fundamental, han de tener como ingrediente de la mayor importancia el contenido del derecho internacional de los derechos humanos con relación a la libre expresión, y un estudio comparado de este derecho fundamental. Por los importantes diálogos e intercambios que se han dado entre las jurisdicciones constitucional e internacional de los derechos humanos a su respecto, la “doctrina general” comparada sobre la libertad de expresión es un claro ejemplo del *ius constitutionale commune* que, sobre todo en materia de derechos fundamentales, se forja a nivel global.⁷⁵

Como señalé en la introducción de este documento, considerar el Derecho Internacional y el Comparado para la interpretación de la libertad de expresión y los derechos fundamentales en general, no es gratuito: en México es un mandato que se desprende del artículo 1o. constitucional. Según éste, las normas constitucionales relativas a los derechos humanos también han de

⁷⁴ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR...”, *cit.*, nota 47. Afirmando la misma presunción: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OBLIGACIÓN DE NEUTRALIDAD DEL ESTADO FRENTE AL CONTENIDO DE LAS OPINIONES”, Primera Sala, *idem*, 10a. época, lib. IV, enero de 2012, t. 3, tesis 1a. XXIX/2011 (10a.), p. 2913; BVerfGE 7, 198 (208); y *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 816-817 (2000).

⁷⁵ Entre otros, véase Häberle, Peter, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, trad. de Héctor Fix-Fierro, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latino-americano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 33, 45-48 y 80-83.

ser interpretadas de conformidad con los tratados internacionales que le sean relevantes, lo que asimismo implica atender la interpretación que le han dado los órganos en sede internacional con autoridad para ello, entre los cuales destaca sin ser el único la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.⁷⁶ Y también de acuerdo con el mismo precepto, y la universalidad con que debe verse la libertad de expresión y los demás derechos, exige que nuestra interpretación no sea aislada sino abierta a considerar como referencia interpretativa —no vinculantemente, por supuesto— el parecer de otras jurisdicciones.

Sin embargo, esta referencia al derecho internacional y comparado no tiene fundamento exclusivo en dicho mandato constitucional; también hay razones sustantivas para sostenerla. Del estudio realizado en las secciones anteriores, hemos visto cuán ilustrativas pueden resultar las aplicaciones de la libertad de expresión efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, u órganos que nos son ajenos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y diversos tribunales constitucionales del nuestro y otros continentes.

México puede esclarecer en un grado muy importante su comprensión de este derecho fundamental tan relevante —y la de otros—, ampliando sus horizontes y disponiéndose a aprender de las mejores prácticas que se realizan en otros órdenes. Desde luego, lo anterior supone un importante esfuerzo para los operadores jurídicos como para las instituciones de formación jurídica. Sin embargo, por muchas razones, no parece haber otro camino en la construcción de un sistema moderno y efectivo de derechos fundamentales en nuestro país.

Recepción: 07-05-2014 / Dictamen: 26-05-2014

⁷⁶ Véase “COSA JUZGADA. LA RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA QUE LA DESESTIMA PUEDE SER COMBATIDA EN AMPARO INDIRECTO O EN EL DIRECTO PROMOVIDO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XIV, noviembre de 2012, t. 3, tesis I.3o.C.14 K (10a.), p. 1852.