

## OBSTÁCULOS PARA EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA EXPERIENCIA MEXICANA

Perla Gómez Gallardo \*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad presenciamos la sofisticación de las formas en que se inhibe la libertad de expresión. Desde la forma más violenta, que incluye la agresión física y la muerte de quienes hacen uso de sus libertades de información, hasta las medidas que las propias leyes permiten, contemplamos diversos obstáculos que frenan el pleno ejercicio de esta importante facultad.

Robert Dahl ha establecido seis instituciones políticas o componentes necesarios de toda democracia: 1) fuentes alternativas de información; 2) cargos públicos electos; 3) elecciones libres, imparciales y frecuentes; 4) libertad de expresión; 5) autonomía de las asociaciones y 6) ciudadanía inclusiva.<sup>1</sup>

Como se aprecia, uno de los componentes de la democracia es el acceso a fuentes alternativas de información; en la medida en que se accede a información no exclusivamente procesada por la autoridad, se crea un clima de fiscalización. Otro elemento que destaca es la libertad de expresión; ésta no sólo se centra en la facultad del titular del derecho para emitir opiniones o difundir información, sino que se relaciona con el destinatario de la misma, quien consolida su derecho a la información con este ejercicio.

\* Coordinadora General de Libertad de Información-México A.C. (LIMAC). Ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre Derechos Humanos y Libertad de Expresión en México. San Luis Potosí, S.L.P., mayo de 2006.

<sup>1</sup> Robert Dahl. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, México, 1999.

En el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión y de opinión; 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.

Esta declaración, conforme con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene plena vigencia en nuestro país. Aunado al criterio de la Corte, de 1999, que establece una jerarquía a los tratados por encima de las leyes federales, este tipo de instrumentos internacionales cobra mayor fuerza.

## II. LOS OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Antes de señalar algunos de los principales obstáculos que limitan la libertad de expresión, cabe precisar su definición: es el derecho a emitir ideas, opiniones y juicios de valor por cualquier medio.

Este concepto se ha ampliado en la medida que, por los avances tecnológicos, la difusión de las opiniones se ha sofisticado; no obstante, la esencia que deriva de la posibilidad de exteriorizar los pensamientos se conserva.

Podemos esquematizar los principales obstáculos que enfrenta la libertad de expresión de la siguiente forma:

- A. *Factores contextuales.* En México existe la agresión a los periodistas en casos en que la libertad de expresión está relacionada con la investigación o denuncia de corrupción, delincuencia organizada y narcotráfico. En este caso lo que preocupa no es sólo la existencia de focos rojos, identificables en determinadas partes del país, sino la ausencia de evidencias y detenidos como resultado de las investigaciones de la autoridad.
- B. *Factores culturales.* En México cuesta trabajo reconocer que una agresión a un medio de información o a un periodista es resultado

del ejercicio de su labor; en la mayoría de los casos las denuncias se inician por lesiones u homicidio, dependiendo el tipo de delito, pero se deja de hacer la relación entre el delito y el trabajo periodístico desempeñado por la víctima.

C. *Factores legales*. Este es uno de los factores más preocupantes y en el que se han sofisticado las formas de inhibir el ejercicio de la libertad de expresión. Los delitos contra el honor están considerados dentro del código penal federal y la mayoría de los códigos penales locales, mientras que las obligaciones que nacen de los actos ilícitos del caso que nos ocupa, referida al Daño Moral, están establecidas en la vía civil.

### III. LA DESPENALIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Uno de los focos rojos que se debe poner en evidencia, porque proviene de la legislación, es la necesaria derogación de los delitos de difamación, calumnia e injuria, contenidos en el capítulo de delitos contra el honor de los códigos penales que existen en el país. En materia internacional los alcances en el ejercicio de la libertad de expresión se han establecido de la siguiente manera.<sup>2</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>3</sup> tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. En el decreto por el cual se aprueba la Declaración (*Diario Oficial de la Federación* de 24 de febrero de 1999), México reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte IDH, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

<sup>2</sup> Parte de estas precisiones están contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley de Responsabilidad Civil para la protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen del Distrito Federal.

<sup>3</sup> La Convención forma parte del sistema jurídico mexicano en los términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e incluso está por encima de las leyes federales, de acuerdo con el criterio de la Corte, de 1999.

Para la Corte, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra social. Con respecto a la dimensión social, es menester señalar que ésta es un medio para el intercambio de ideas e información entre las personas; comprende el derecho de comunicar a otros los puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena y la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.<sup>4</sup>

Con lo anterior se pueden establecer claramente los beneficios del ejercicio de la libertad de expresión: la transmisión y la recepción, que supone dos alcances diferentes. En la medida que se obstaculiza el ejercicio de esta libertad, se perjudica no sólo el derecho del ser humano que lo sufre, sino que repercute en la sociedad.

Por otra parte, la Corte ha hecho referencia a la Opinión Consultiva OC-5/85, a la Corte Europea de Derechos Humanos, a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y a los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas,<sup>5</sup> quienes se han pronunciado por establecer la relación que existe entre la democracia y la libertad de expresión.

Existen coincidencias entre los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos y el universal, en cuanto al papel esencial que desempeña la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se vuelven inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.

La Corte ha reconocido que los medios de comunicación social desempeñan un papel esencial en una sociedad democrática como vehículos para el ejercicio de la libertad de expresión. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

<sup>4</sup> *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 146; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

<sup>5</sup> Estos últimos aprobaron el 11 de septiembre de 2001 la Carta Democrática Interamericana.

Con todo, es importante destacar que el derecho a las libertades de expresión e información no son un derecho absoluto, sino que pueden ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan por medio de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

Para determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber:

- 1) deben estar expresamente fijadas por la ley;
- 2) deben estar destinadas a proteger los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público y la salud o moral pública; y
- 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

Esto tiene especial relevancia al momento de pretender aplicar la censura previa al ejercicio de la libertad de expresión; como se aprecia, las limitantes deben estar expresamente contenidas en la ley, destinadas a proteger los derechos de personalidad o de interés público, por lo cual la limitación no se puede establecer de manera discrecional y, sobre todo, en una sociedad democrática debe ser necesaria, siendo estos tres requisitos imprescindibles para la aplicación de las mismas.

Respecto de estos requisitos, la Corte señaló que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión, fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerán de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo,<sup>6</sup> interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

<sup>6</sup> Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 1, párr. 46; ver también Eur. Court H. R., *Case of The Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of 29 March, 1979, Series A No 30; y Eur. Court H. R., *Case of Barthold v. Germany*, Judgment of 25 March, 1985, Series A No 90, par. 59.

En México, cuando el derecho a las libertades de expresión e información entra en colisión con otros bienes jurídicos protegidos, como el derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen, se ha buscado resolver el problema de forma paralela, por la vía penal y la vía civil. Es importante señalar que la vía civil debe ser la única vía legítima para resolver este conflicto. Así, por ejemplo, cabe recordar que en el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de 2 de julio de 2004, el jurista mexicano señaló:

14. [...] Creo que antes de resolver la mejor forma de tipificar penalmente estos ilícitos, habría que decidir si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema [...] recurrir a la solución penal, o basta con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo, como ocurre en un gran número –de hecho, en el mayor número, con mucho– de supuestos de conducta ilícita, que el Derecho no enfrenta con instrumentos penales, sino con medidas de diverso género. Cabe destacar que en nuestro sistema penal los delitos de difamación y calumnia son de los considerados no graves, esto es que alcanzan fianza mientras está el procedimiento en trámite y una vez fijada la pena la misma reside principalmente en multa, y la pena privativa de libertad es permutable con otro tipo de medidas a favor de la comunidad.
15. En este punto del análisis, es preciso recordar que, en general –y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso– prevalece la corriente favorable al denominado Derecho penal “mínimo”, es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado –la sociedad, mejor todavía–, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente –muy gravemente– contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes.

Este criterio es acertado al evidenciar el espíritu de las legislaciones en materia penal, efectivamente existen delitos que por su naturaleza deben ser castigados punitivamente, sin embargo, las figuras de los delitos contra el honor distan, dada su naturaleza, de encontrarse dentro de los supuestos señalados.

16. En un “ambiente político autoritario” se recurre con frecuencia al expediente punitivo: éste no constituye el último recurso, sino uno de los primeros, conforme a la tendencia a “gobernar con el Código penal en la mano”, una proclividad que se instala tanto sobre el autoritarismo, confeso o encubierto, como sobre la ignorancia, que no encuentra mejor modo de atender la legítima demanda social de seguridad. Lo contrario sucede en un “ambiente democrático”: la tipificación penal de las conductas y la aplicación de penas constituyen el último recurso, una vez agotados los restantes o demostrado que son ineficientes para sancionar las más graves lesiones a los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Es entonces, y sólo entonces, cuando se acepta el empleo del remedio penal: porque es indispensable e inevitable. E incluso en esta circunstancia, la tipificación debe ser cuidadosa y rigurosa, y la punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente, y elegida entre diversas opciones útiles que están a la mano del legislador y del juzgador, en sus respectivos momentos [...]

De lo anterior se desprende que si el sistema aporta otros mecanismos eficaces para hacer valer los derechos de personalidad ante un uso abusivo de la libertad de expresión, son éstas las vías que deberán agotarse antes de irse a la manifestación más severa del Estado que reside en la pena.

17. En suma: despenalización no significa ni autorización ni impunidad. Efectivamente, las medidas de responsabilidad civil se deben privilegiar ya que de acuerdo a su propia naturaleza lo que se privilegia en todo momento es el resarcimiento del daño (esto es, dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de la afectación) que viene a ser la prestación principal de la persona que ve afectado su patrimonio moral por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

Esta forma de enfrentar la ilicitud parece especialmente adecuada en el supuesto de (algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama y el prestigio de los particulares. Esto así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querría derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta presenta. En efecto, la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal: señala, bajo un título jurídico diferente, lo mismo que se espera de ésta, a saber, que el demandado incurrió en un comportamiento injusto en agravio del demandante, a quien le asiste el derecho y la razón. De esta suerte, la sentencia civil entraña, por sí misma, una reparación consecuente con la necesidad de satisfacer el honor de quien reclama la tutela judicial.

Los problemas se presentan cuando las legislaciones no sólo en materia penal sino sobre todo en materia civil tienen redacciones ambiguas que no delimitan los daños morales que se pueden ocasionar por uso abusivo de derechos o por la ilicitud de los actos que no tienen una relación directa con la libertad de expresión de los particulares, más aún cuando el ejercicio de la libertad de expresión puede perjudicar a figuras públicas cuyo grado de protección de su derecho de personalidad debe ser menor, derivado del ejercicio de su cargo o por la decisión de mantener algunos aspectos de su vida privada sujeta a escrutinio público.

#### IV. EL CASO DEL DISTRITO FEDERAL

En el caso de la capital del país, en fecha reciente (abril de 2006) se aprobaron dos legislaciones que responden a la demanda internacional en la materia. La primera, referente a la Ley del Secreto Profesional del Periodista, otorga el derecho a reservar las fuentes al informador, que estaba desprotegido ante las posibilidades procedimentales para revelarlas. La segunda, que toma especial relevancia para lo que nos ocupa, es la Ley de Responsabilidad Civil para la Defensa de la Vida Privada el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal. El dato a destacar de esta legislación no sólo es la inserción de diversos estándares internacionales y elementos de derecho comparado en su elaboración sino, sobre todo, lo



expresado en sus transitorios, en donde se derogan los artículos de difamación y calumnia del Código Penal del Distrito Federal.

Dentro de los aspectos doctrinales que se insertan en esta legislación destaca lo referente a la Doctrina de la Real Malicia:

La Doctrina de la Real Malicia *ampara a la prensa ante acusaciones por agravios, calumnias, difamación o por falsedad o inexactitud de una información referida a funcionarios o figuras públicas, o a personas particulares involucradas en cuestiones de interés público. En este caso, los afectados deberán demostrar que el periodista conocía la falsedad de la información, que se manejó con notoria despreocupación sobre si era falsa o no, o que obró con Real Malicia con el objetivo de injuriar o calumniar.*

La Corte Suprema de Estados Unidos formuló la doctrina de la real malicia. En su fallo destacó:

Ni el error de hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para privar de la protección constitucional a las críticas que se formulen a la conducta de los funcionarios públicos.

Las garantías constitucionales requieren una norma federal *que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta* como tal a menos que *pruebe que fue hecha con real malicia*, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

Con ello se vienen a resolver y limitar los alcances y límites de la libertad de expresión frente a los derechos de personalidad, tratándose de figuras públicas. Se determina la limitación a la protección, derivada del escrutinio al que están sujetos, por el encargo o por manifestarlo voluntariamente, las figuras públicas.

Es de precisarse que el hecho de que las referidas figuras públicas tengan un grado de protección menor no puede hacerse valer ante las autoridades jurisdiccionales en la vía civil pero, al mismo tiempo, no se desconoce que:

Una democracia representativa deja de existir en el momento en que se absuelve, por cualquier medio, a los funcionarios públicos de la responsabilidad frente a sus mandantes, y esto sucede cada vez que puede impedirse a dichos mandantes pronunciar, escribir o publicar sus opiniones sobre cualquier medida pública o sobre la conducta de quienes la aconsejan o ejecutan.

La falta de diferenciación entre las personas públicas y privadas, al momento de ejercitar su defensa de los derechos de personalidad, es algo que ni en la jurisprudencia ha quedado claro; en otros países se ha perfilado una solución con base en la figura de la *Actual Malice* o Real Malicia, la cual por primera vez ha sido integrada en la legislación que fue aprobada recientemente por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

#### A. LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL

Con fecha 27 de abril de 2006, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de responsabilidad Civil para la protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal. Con esta iniciativa se busca proteger el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen a la luz de los estándares democráticos internacionales. Para tal efecto, esta iniciativa considera que las figuras de difamación y calumnias, previstas como tipos penales en el Código Penal vigente en el Distrito Federal, y la figura de daño moral, incluida en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, deben ser sustituidas por una ley especial de naturaleza civil que, por un lado, despenalice los denominados delitos contra el honor y, por otro, permita un proceso ágil, eficaz y pertinente para resarcir los derechos de la personalidad, lesionados con motivo del ejercicio del derecho a las libertades de expresión e información.

En el caso de la figura de Daño Moral, lo que se hizo fue derogar el último párrafo del artículo 1916 –dejando a salvo otro tipo de acciones por daño moral, distinto al del ejercicio abusivo de la libertad de expresión– y el artículo 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal. Es importante señalar que si bien se despenalizan los delitos contra el honor,

a cambio, se dota a la sociedad de una legislación especializada, la cual permite equilibrar la ausencia de figuras punitivas al momento de hacer valer los derechos de personalidad por parte de ciudadanos que pudieran verse afectados en su patrimonio moral.

Esta ley es de las primeras en integrar las propuestas de avanzada de los tratadistas europeos, norteamericanos y latinoamericanos que se han ocupado de la regulación en esta materia. Por primera vez se integra el concepto de *malicia efectiva* para el caso de que quien promueva tenga la calidad de servidor o figura pública, y se modifican los alcances del daño moral para situarlo en el de daño del patrimonio moral. Asimismo, se redimensionan las sanciones de defensa del patrimonio moral en el ámbito civil, quitando las medidas intimidatorias en materia penal.

Se trata de garantizar primordialmente los Derechos de Personalidad que, de manera enunciativa y no limitativa, centramos en la figura de Vida Privada, Honor y Propia Imagen, sin que su debida protección se convierta en un instrumento de represión de las libertades de expresión e información por parte de los servidores o figuras públicas, cuya protección se limita en la medida en que optaron por entrar al escrutinio público por las funciones o notoriedad de sus actividades. La ley circunscribe su alcance en el artículo 1:

*Las disposiciones de esta ley son de orden e interés público y de observancia general en el Distrito Federal, y se inspiran en la protección de los Derechos de la Personalidad a nivel internacional reconocidos en los términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Tiene por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión.*

Tratándose de daño al patrimonio moral diverso al regulado en el párrafo que antecede, se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

#### LOS APORTES DE LA LEY

Entre los principales aportes que permiten aseverar que se trata de una legislación de avanzada destacan que:

- Regula el daño al patrimonio moral derivado del uso abusivo del derecho a la información y a la libertad de expresión.
- Establece la protección de los derechos de personalidad a la luz de los tratados y convenios internacionales, en términos del artículo 133 constitucional.
- En caso de falta de disposición expresa, establece la supletoriedad del Código Civil para el Distrito Federal en lo conducente.
- Determina la garantía de los siguientes derechos de la personalidad: el derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen.
- Identifica el derecho a la información y la libertad de expresión como bases de la democracia.
- Determina la protección civil del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen.
- Garantiza el derecho de personalidad para las personas físicas y la persona moral en lo que es compatible con la naturaleza de esta última.
- Precisa las definiciones a emplear en la aplicación de la ley, incluyendo las de patrimonio moral, derecho de la personalidad y figura pública.
- Define por capítulo la vida privada, el honor y la propia imagen, determinando los supuestos normativos de protección y sus alcances.
- Incorpora en sus títulos la afectación al patrimonio moral.
- Incluye, por primera vez en una regulación de América, la figura de la *malicia efectiva*, que restringe el grado de protección a los servidores públicos y a las figuras públicas.
- Establece los alcances de la información de interés público, para efectos del apartado del daño al patrimonio moral.
- Se pasa de los juicios ordinarios a los juicios en vía de controversia, como procedimiento para la defensa del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen, con lo que se simplifican los plazos y se agiliza la resolución para ambas partes.
- Privilegia el resarcimiento (dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño) con lo que se previene que el juicio sea motivado por el ánimo de lucro.
- En caso de la imposibilidad de resarcir, se fija una indemnización racional.

- Sanciona la reincidencia.
- Faculta al juez para que dicte las medidas de apremio para el cumplimiento de la sanción.
- Deroga los delitos contra el honor y la intimidad personal, lo que deja en un uso racional de la sanción la responsabilidad en vía civil.

## V. CONCLUSIÓN

En la medida en que las legislaciones de los países –no sólo en materia local sino federal– se adopten a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, menores serán los obstáculos a dicha libertad, que debe fortalecer sobre todo tratándose de sociedades en las que se pretende consolidar la democracia.