

IV. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

En el asunto citado al rubro, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaba llamada a determinar si el artículo "Cómplices del terror", publicado en la revista Letras Libres, afectaba el derecho al honor de la parte quejosa o si, por el contrario, tal publicación se encontraba protegida por la libertad de expresión

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de cuatro votos, negó el amparo a la empresa quejosa y confirmó la sentencia emitida por la Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Si bien estoy de acuerdo con el criterio mayoritario, pues este asunto se inscribe en una larga línea de precedentes que la Primera Sala ha desarrollado sobre el tema de libertad de expresión y su ponderación con otros derechos, no comparto

algunas de las consideraciones plasmadas en el criterio mayoritario, como lo son las relativas a a) la simetría entre las partes, b) el derecho al insulto, c) las condiciones para calificar a un hecho como veraz, y, d) el resultado de la ponderación realizado entre libertad de expresión y otros derechos con los que ésta colisiona

1. PRECEDENTES

Como ya se mencionó, la sentencia se inscribe en una larga línea de precedentes en los que la Suprema Corte ha establecido una serie de comparaciones entre los conflictos que pueden presentarse entre libertad de expresión y otros derechos.

De ellos se destacan:

A. Amparo en Revisión 2676/2003¹

Este asunto derivó de la publicación de un poema en una revista de Campeche. Como consecuencia de una denuncia por tal publicación, al poeta se le giró un auto de sujeción a proceso por el delito de "ultraje a las insignias nacionales" (artículo 191 del Código Penal Federal). El poeta promovió un juicio de amparo, cuya revisión resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que dicho artículo no vulneraba la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia.

¹ Asunto fallado en la sesión de 5 de octubre de 2005, por 3 votos contra 2.

Desde esa ocasión, en el voto de minoría que formulé junto con el ministro Silva, sostuve la especial protección que, desde mi perspectiva, deberían gozar los discursos que inciden en la esfera política, así como la importancia de la libertad de expresión para la dinámica democrática.

B. Amparo en revisión 1595/2006²

El segundo asunto que recientemente la Corte resolvió sobre el tema, trató sobre una persona que fue multada por repartir papeles en la vía pública sin contar con un permiso previo de las autoridades municipales. Uno de los documentos repartidos era una octavilla en la que se invitaba a asistir a un concierto gratuito y el otro era un cuadernillo que contenía el Evangelio según San Juan.

En ese caso, la Primera Sala (por unanimidad de votos) determinó conceder el amparo al quejoso. Se determinó que el comportamiento del quejoso se inscribía dentro del ejercicio de las libertades de expresión e imprenta, por un lado, y de la libertad religiosa, por otro.

Resulta relevante mencionar que en dicho asunto no sólo se hizo hincapié en que "la libertad de expresión es una de las libertades individuales más importantes en una democracia constitucional", sino también se destacaron diversas facetas de la libertad de expresión, como lo son: 1. El acto estático de expresar o comunicar lo que uno estime conveniente y la actividad consistente en divulgarlo por cualquier medio, y, 2. Que respetar y

² Asunto fallado en la sesión de 29 de noviembre de 2006, por unanimidad.

garantizar las libertades de expresión e imprenta exigen del Estado tanto obligaciones positivas como negativas (v.gr prohibición de censura).

C Amparo directo en revisión 2044/2008³

Este asunto consistió en que el Director de un periódico de Guanajuato solicitó un amparo en contra de una sentencia que lo condenó a indemnizar a un ex presidente municipal por la publicación de una entrevista a un antiguo empleado, ya que tales declaraciones le parecieron "injuriosas" al ex funcionario.

La Corte concedió el amparo. Para ello, se determinó que, en primer lugar, resultaba importante analizar a los sujetos cuyos derechos constitucionales se encontraban en conflicto. En segundo lugar, se pretendió establecer un concepto de "vida privada" a fin de definir los límites de la libertad de expresión, de informar y ser informado. En tercer lugar, se insistió en que la libertad de expresión y el derecho a la información tienen dos vertientes: una *privada* que se refiere a las cuestiones necesarias para desplegar la autonomía individual, y una *pública* que los convierte en "piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa". De igual forma, se sostuvo que tratándose de medios de comunicación, el derecho a la libertad de expresión es una premisa para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales en un Estado democrático. Por ello, se ha considerado que tales derechos gozan de una "posición especial" en las democracias constitucionales, sin que ello implique que su ejercicio se considere absoluto.

³ Asunto fallado en la sesión de 17 de junio de 2009, por unanimidad.

En este contexto, la Primera Sala determinó que el derecho al "honor" o a la "vida privada", tratándose de actividades desempeñadas por los funcionarios públicos, interesan a la sociedad y la posibilidad de crítica que esta última les dirija debe entenderse con criterio amplio. Es decir, que tratándose de personas que han ejercido un cargo público, la protección a la intimidad y a la vida privada es menos extensa, porque al ocupar dicho cargo, se han expuesto al escrutinio público. Ello no implica que se permita una crítica absoluta o sin restricciones, pues sólo habrá lugar a su limitación bajo estrictos estándares, que en ese caso no se cumplieron.

D. Amparo directo en revisión 1496/2008⁴

En este caso una persona fue presentada en un periódico de Tabasco como "acosador sexual" de menores a los que transportaba como chofer. Los juzgadores de primera y segunda instancia determinaron que no existía hecho ilícito porque los hechos difundidos "eran ciertos" y las expresiones, siendo ofensivas "no eran ilegales ni contrarias a la Constitución".

La Primera Sala de la Suprema Corte determinó negar el amparo por considerar infundados e inoperantes los agravios. Por mi parte, formulé voto particular debido a que consideré que el análisis de la licitud de los dichos no fue el adecuado. Desde mi perspectiva para saber si la emisión de ciertas palabras ofensivas resultaba o no "lícita", lo primero que debió hacerse era determinar si tal emisión pudo considerarse constitucionalmente protegida dentro del marco fijado por las previsiones constitucionales aplicables al caso. Consideré que sólo si se concluye

⁴ Asunto fallado en la sesión de 5 de noviembre de 2008, por mayoría de 4 votos, en contra del ministro.

que efectivamente lo está, podría afirmarse que no existe "hecho ilícito" a los efectos del reconocimiento de responsabilidad civil extracontractual

E AD 6/2009 y AD 12/2009⁵

Estos asuntos versaron sobre ciertos datos que una periodista y un semanario de amplia circulación publicaron sobre la ex primera dama del país. La Primera Sala retomó el asunto del periodista de Acámbaro para justificar que ciertas personas relacionadas con la gestión pública cuentan con un grado menor de resistencia o protección frente al derecho a la libre expresión. Se reiteró que no todo dato concerniente a la vida privada de estas personas resulta de "interés público", sino que, en todo caso, habría que analizar la propia actitud o reserva de la persona respecto a la publicación de datos de su vida privada. Por tales razones, la Sala negó el amparo a la quejosa.

F Amparo directo en revisión 1302/2009⁶

El último asunto en el que la Sala se pronunció respecto a la libertad de expresión está relacionado con una esquila que fue publicada en un periódico de circulación nacional. El quejoso promovió un juicio para exigir una indemnización por daño moral, pues el contenido de la esquila era falso.

Cuando el asunto se presentó en la Corte, se discutió si la prohibición constitucional de censura previa impedía que el periódico fuera condenado a indemnizar a terceros, por la publicación

⁵ Asunto fallado en la sesión de 7 de octubre de 2009, por unanimidad.

⁶ Asunto fallado en la sesión de 12 de mayo de 2010 por 3 votos, en contra los Ministros Zaldívar y Silva.

de la esquila. Al resolver el asunto la Primera Sala no sólo se centró en un análisis de censura previa, sino también del derecho a la libertad de expresión. Se justificó, citando el precedente del repartidor de octavillas, que imponer una obligación a los periódicos de revisar el contenido de cada una de las inserciones que se le solicitan disminuiría la circulación de ideas e información. Por tal motivo, se determinó que únicamente son exigibles controles de forma, como lo es solicitar a los contratantes sus datos básicos de identificación para que quienes se sientan afectados por la información publicada, sepan a quién reclamar. En segundo lugar, que los periódicos se encuentran obligados a no publicar algo distinto a lo que se les solicitó.

Precisados los precedentes en los que la Primera Sala se ha pronunciado sobre la libertad de expresión, procedo a explicar los motivos por los que me aparto de algunas de las razones esgrimidas por la mayoría para negar el amparo.

2. RELACIÓN SIMÉTRICA ENTRE MEDIOS

En este punto, la mayoría determinó que en el caso nos encontramos ante una relación simétrica entre dos medios de comunicación. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta simetría no puede simplemente ser una conclusión, sino que debe funcionar como punto de partida.

La simetría entre dos medios de comunicación no se da en todos los casos en los que nos encontremos frente a dos personas morales que se dediquen al "mercado de las ideas", ya que en el mismo existen jugadores de muy diverso grado y peso especí-

fico. No es lo mismo que se enfrenten un pequeño periódico local o una radio comunitaria contra una de las televisoras nacionales, que dos medios equilibrados en su penetración, número de lectores, periodicidad de sus ediciones, etcétera. De este modo el equilibrio es el punto de partida desde el cual debemos generar los elementos para evaluar los distintos tipos de casos que pueden llegar a este Tribunal cuando hablamos de medios de comunicación.

En el caso concreto, la mayoría dio como razones de este equilibrio que los medios se encuentran en un plano de igualdad, que ambos son medios escritos y que tienen las mismas herramientas para influir en la opinión popular (como lo ha dicho el Tribunal Constitucional alemán, citado en la cita 191 de la sentencia)

Desde mi punto de vista, lo anterior es discutible y la sentencia no establece los parámetros de penetración, número de lectores, ediciones electrónicas y periodicidad o cualquier otro factor que informe esta evaluación; en el caso de la periodicidad es claro que no es lo mismo una edición diaria que una mensual.

Relacionado con lo anterior, considero conveniente apuntar que es importante el análisis sobre la calidad del sujeto que manifiesta sus ideas en relación con el medio que las transmite o difunde. Ello, ya que no es lo mismo un columnista que un editorialista, una inserción pagada, un monero, un reportero con salario fijo, etcétera. Si bien es cierto que esta relación se fija en la *litis* del juicio ordinario que da origen al amparo, considero que convenía hacerla explícita en la sentencia.

3. DERECHO AL INSULTO

Mi segunda diferencia con las razones de la mayoría se refieren respecto a las afirmaciones por las que se sostiene que la Constitución no reconoce un "derecho al insulto" o a la injuria gratuita.

La mayoría sostiene en la página 78 de la sentencia que **"la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita"** Esta afirmación, me parece, cuando menos equívoca. Negar o conceder protección constitucional al insulto no es una discusión central en este tipo de casos y sí puede desviar la atención de lo que es realmente importante definir, como lo es la afectación y vulneración de los límites a la libertad de expresión establecidos en la Constitución y en tratados internacionales. La Constitución no prohíbe ni permite el insulto, sino que el mismo se convierte en prohibido cuando es un medio para la vulneración de derechos fundamentales como el derecho al honor o a la intimidad.

De este modo, el estándar que la sentencia realiza a partir de la página 79 acerca de que ciertas expresiones están excluidas de protección constitucional si las mismas son i) ofensivas y oprobiosas según el contexto; e, ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado, no es un estándar robusto para evaluar si las expresiones contenidas en la nota "Cómplices del Terror" son violatorias de la libertad de expresión. Aun resultando que no aprobaran dicho *test*, las mismas no necesariamente tendrían una condición de prohibición constitucional, máxime que estamos hablando de una relación simétrica entre medios

Me parece que eso es lo que lleva a la mayoría a concluir que si bien los términos empleados en el artículo pueden **molestar** a la quejosa, este factor no es lo suficientemente insultante o desproporcionado para invertir en el caso examinado el carácter prevalente de la expresión

También considero que el insulto o la injuria por sí mismas en ningún caso pueden invertir esta prevalencia, sino solamente cuando las mismas son instrumentales para la vulneración de los derechos fundamentales, en particular el derecho al honor. Lo que me preocupa en el caso del estándar es que el mismo pueda convertirse, dada su vaguedad, en un medio de restricción indirecta de la expresión, el insulto califica la violación, pero no la provoca.

De este modo, la expresión, aun calificada de grave, agresiva o directamente como insulto no es una condición expresiva que nos lleve a considerar que potencialmente pueda vulnerar, por esta condición, derechos fundamentales.

Si bien en España el insulto es un límite general a la libertad de expresión e información, en aquellos mensajes en que lo vejatorio prima sobre la noticia o la opinión aunque versen sobre una cuestión de interés público, no constituyen legítimo ejercicio de derecho fundamental alguno. Es así como el Tribunal Constitucional español ha señalado que "la crítica nunca justifica expresiones de puro menosprecio y vejación" (SSTC 42/1995)

Esta falta de protección constitucional del insulto, si bien no es una particularidad española, pues el Tribunal de Estrasburgo también ha seguido dicha línea (Lindón y otros c. Francia, 2007), tampoco es la regla general en Europa

La clásica contraposición se encuentra en el derecho norteamericano en el que claramente se admite que la libertad de expresión incluye la posibilidad de insulto

De ahí que resulta, **cuando menos equívoco** hacer alusión al insulto como parámetro de protección constitucional de determinada expresión. El insulto o la ofensa no deben de ser el rasgo definitorio.

En nuestro caso concreto donde ya definimos que estamos en una relación simétrica entre medios de comunicación, se actualiza el riesgo de silenciar el debate periodístico a través de una potencial prohibición de insultar, lo cual no pareciera ser la mejor herramienta para el funcionamiento de una sociedad democrática, dado el status de las partes como forjadores de la opinión pública.

En otros términos, si bien la difamación es un límite claro y objetivo, la vejación pareciera ser subjetiva. Más importante aún, en casos como el que nos ocupa, prohibir el insulto, entendiéndose como se entienda, sacrifica de manera relevante lenguaje valioso dado su interés público

De este modo, hay que admitir sin ambages que las expresiones analizadas son de suyo fuertes y graves e incluso podrían calificar perfectamente como insulto, sin embargo, esta calificación no las convierte en sí mismas violatorias del derecho al honor

En síntesis, me separo del estándar elaborado por la mayoría, ya que considero patente que la expresión sí tiene un contenido grave y ofensivo e incluso puede calificarse como insulto. Sin

embargo, aun así, estimo que la libertad de expresión no debe ceder en el caso concreto. El límite único en este caso, dada la estructura y análisis de la columna realizado en la sentencia debe ser, desde mi perspectiva, la veracidad de las atribuciones hechas con relación al convenio entre la Jornada y el diario Gara, el resto de las expresiones se refiere a ello y no constituyen imputaciones de delitos.

4. REQUISITO DE VERACIDAD E "INTERÉS PÚBLICO".

Íntimamente relacionado con el tema anterior se encuentra la distinción recogida por la mayoría entre afirmación de hecho y juicio de valor (noticia/opinión)

En este punto tengo que subrayar que respecto de los hechos la Constitución exige que la información sea veraz, si no fuera así se consagraría un derecho fundamental a propagar rumores, bulos y mentiras y, en definitiva, a intoxicar a la opinión pública.

La exigencia de veracidad de la información alcanza su máxima importancia práctica cuando se trata de la imputación de hechos delictivos. Si la noticia es veraz, la libertad de información opera como causa de justificación frente a una eventual querrela por injurias contra el informador, pero si no es veraz, no hay causa de justificación alguna, incluso aunque se trate de asuntos de naturaleza política.

Para los medios de comunicación, y con la finalidad de evitar un "efecto mordaza", el requisito de veracidad de la información no tiene un carácter absoluto. Si se exigiera que todas las noticias fueran verdaderas, el costo de la libertad de información sería prohibitivo y también lo sería si se exigiera una exhaustiva

comprobación de la veracidad de todas las noticias antes de ser transmitidas. La única actitud prudente sería el silencio. Por ello, el requisito de veracidad se entiende como un deber de buena fe y diligencia por parte del informador (lo que el criterio mayoritario destaca en sentido negativo como "real malicia").

Ahora bien, la mayoría concluye que la columna no realizó una imputación de conducta delictiva. De ahí que el único hecho que debiera ser veraz es el convenio de colaboración entre La Jornada y Gara, no así el "estar al servicio de asesinos" o ser "cómplices" del terrorismo

Debo insistir en este punto dada su relevancia. No se está protegiendo el derecho a imputar delitos, pues el columnista no acusó a la Jornada de delinquir ni encubrir delincuentes. La postura es que, dado el interés público en discutir abiertamente la línea editorial de un periódico nacional, la libertad de expresión no debe ceder ante el derecho al honor

Esta conclusión, junto con las aclaraciones y comentarios que le he hecho a la consulta me llevan a estar con su sentido. Finalmente, me gustaría hacer un comentario final sobre el mecanismo de ponderación utilizado

5. PONDERACIÓN Y UNIVERSALIZACIÓN

Me aparto de las consideraciones realizadas respecto al mecanismo de ponderación utilizado por los Ministros de la mayoría, pues considero que el resultado de este caso no debe universalizarse, dando a entender que siempre prevalecerá la libertad de expresión frente a los distintos derechos con los que colisiona

La esencia de la ponderación, como se sabe, consiste en determinar cuál de los principios en colisión triunfa sobre el otro y por lo tanto determina la solución para el caso concreto. La clave del triunfo, debe precisarse, radica en el determinar cuál es el peso de los principios en el caso y las circunstancias concretas. Por ello, la ponderación se entiende sencillamente como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.

Tal situación conduce naturalmente a considerar que las ponderaciones que utilizan los tribunales atienden estrictamente a las circunstancias específicas del caso resuelto y, por ello, resulta muy conveniente que los tribunales sean lo suficientemente precisos para acotar o cerrar la solución concreta al caso concreto, de manera que no se dé pauta a una universalización para casos futuros

En efecto, en la ponderación se determina el peso de los principios, atendiendo (de acuerdo con Robert Alexy) a tres variables: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto, 2) el peso abstracto de los principios relevantes, 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. En consecuencia, es evidente que la ponderación de un caso no puede trasladarse, sin más, a otros casos aparentemente similares, porque el peso puede variar —y por ende el principio triunfador— aun cuando se trate de los mismos principios en juego

Desde mi punto de vista, habría convenido agregar una consideración en este sentido, es decir, precisar que el hecho de que en este caso concreto haya triunfado el principio de la libertad

de expresión sobre el referido al honor, no implica que cada vez que estos dos principios colisionen la solución será la misma, sino que deberá atenderse a las circunstancias particulares de cada caso futuro

De hecho, esto sucede en general en cualquier tipo de razonamiento jurídico, pero por las implicaciones políticas y culturales que seguramente va a generar, no hubiera estado de más dejarlo claro en este caso.

Finalmente, aclaro que no debe confundirse la universalización de las ponderaciones con el principio de universalidad del razonamiento jurídico como criterio de racionalidad práctica como el que sostiene Neil MacCormick, en el que desde luego cabe la ponderación. El principio de universalidad (o regla de justicia formal) está dirigido a la conducta de los jueces, quienes deben fundamentar sus decisiones con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Ello es así, porque no sería aceptable que fundamentaran sus decisiones en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales. El Juez debe resolver los casos concretos de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.⁷

⁷ Neil MacCormick, en un ensayo titulado "Universalization and Induction in Law", de 1987, considero que el principio de universalidad es uno de los requisitos necesarios para justificar una decisión normativa. MacCormick, Neil, "Universalization and Induction in Law" en *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna*, 12-15 diciembre de 1984, volumen I, Giuffrè Milan, 1987.

Por las razones que he manifestado a lo largo de este voto es que si bien concuerdo con que debía negarse el amparo a la quejosa, me aparto de algunas de las consideraciones utilizadas por la mayoría para arribar a tal conclusión.