

COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL

COMMENTS ON THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION ON ELECTORAL MATTERS



*Rodrigo Moreno Trujillo**

Sumario. 1. Resumen 2. Aspectos constitucionales e internacionales 3. Visión comparada 4. Dimensiones y manifestaciones del Derecho a la libertad de expresión. 5. Criterios judiciales, estándares y herramientas jurisprudenciales. 6. Casos Litigiosos. 7. Reflexión a manera de conclusión. Fecha de recepción: 27 de Julio de 2017. Fecha de Aceptación: 31 de Agosto de 2017. rodrigo.moreno@triejal.gob.mx

* Magistrado del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado.

1. Resumen:

En el contexto de las reformas electorales, los ciudadanos, candidatos, partidos políticos y autoridades electorales han interactuado de forma mucho más intensa en aras de lograr cada cual sus objetivos en la participación electoral.

En ese sentido, uno de los derechos más puesto en práctica en las elecciones es la libertad de expresión, pues dentro de las campañas el intercambio de datos e información es esencial en la búsqueda de sumar votos. Sin embargo, sus modalidades, protección y límites no siempre es clara, por lo cual los criterios de los Tribunales han buscado allanar estos aspectos, salvaguardando al mismo tiempo otros valores del sistema jurídico, por lo cual en el presente artículo pretendo concentrar las posturas más relevantes sobre cómo identificar un mensaje político electoral tolerable en términos constitucionales de uno que no lo es.

Abstract

In the context of electoral reforms, citizens, candidates, political parties and electoral authorities have interacted in a much more intense way in order to achieve their objectives in electoral participation.

In that sense, one of the most effective rights in the elections is freedom of expression, because within the campaigns the exchange of data and information is essential in the search of votes. However, its modalities, protection and limits are not always clear, so the criteria of the Courts have sought to smooth these aspects, while safeguarding other values of the legal system, so in this article I intend to concentrate the more Relevant questions about how to identify a constitutional political message tolerable in constitutional terms from one that is not.

Palabras clave: Libertad de expresión, jurisprudencia, límites.

Key words: Freedom of expression, jurisprudence, limits.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES

La libertad de expresión e información, es un derecho humano reconocidos tanto en el orden jurídico nacional como internacional, el cual constituye una base indispensable de una sociedad democrática, puesto que su ejercicio por un lado, permite la manifestación de ideas, posturas y opiniones de la ciudadanía con la garantía de no represión, mientras que por otro lado, la información que los distintos medios de comunicación publicitan en relación a temas de interés público, tornea y nutre la formación de la opinión del electorado.

La libertad de expresión como derecho encuentra sustento en los artículos 6 y 7 constitucional, además de los diversos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen lo siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
--	--

<p>Artículo 6° La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.</p> <p>Artículo 7° Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad pueden establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.</p>	<p>Artículo 19</p> <p>1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.</p> <p>2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.</p> <p>3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:</p> <p>a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;</p> <p>b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.</p>
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	
<p>Artículo 13</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.</p> <p>2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:</p> <p>a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o</p> <p>b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.</p> <p>(...)</p>	

Como se puede advertir de las trasuntas normas, el derecho a la libertad de expresión e información, no debe considerarse absoluto, pues halla límites en cuestiones de carácter objetivo y subjetivo, en donde los primeros consisten en determinados aspectos de seguridad nacional, orden o salud pública, mientras que los segundos, resultan intrínsecos de las personas, al guardar relación directa con su dignidad y reputación, cualidades formadas a partir de la percepción o buena fama que la sociedad asume, mismos que son susceptibles de verse vulneradas por

distintos factores o acciones, entre ellos la calumnia. En síntesis, la norma constitucional instituye cuatro restricciones a esta libertad:

1. Cuando la manifestación de las ideas ataque a la moral.
2. Cuando la expresión afecte los derechos de tercero.
3. Cuando esta libertad provoque algún delito, y
4. Cuando la libertad de expresión perturbe el orden público.

Ahora bien, a partir de la reforma constitucional al artículo 41, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007, se incorporaron nuevas limitantes:

1. La prohibición de los partidos políticos para contratar o adquirir tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.
2. La prohibición absoluta para cualquier persona, sea física o moral, de contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o candidatos a cargos de elección popular, limitación que se extiende a la transmisión en el espacio territorial mexicano de estos mensajes contratados en el extranjero.
3. La prohibición de calumniar a las personas.
4. La prohibición de propaganda oficial durante los procesos electorales, salvo las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil, en casos de emergencia.

3. VISIÓN COMPARADA

Diversos tribunales en el mundo se han pronunciado sobre la naturaleza, características e importancia del derecho a la libertad de expresión. De ahí que diversos tribunales, por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América le atribuye una posición preferente (V.gr. en el caso *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 115 (1943)). Además, dicho órgano judicial ha sostenido que la Constitución permite a las personas que se expresen libremente para que otras puedan votar. Aunado a ello, sostiene que la libre manifestación de las ideas no es una libertad más, sino que constituye uno de los fundamentos del orden político, estos es, un derecho vital para el mantenimiento y la consolidación de las instituciones democráticas.

En ese orden de ideas, la democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes adultos del país de que se trate y para que esa participación no sea meramente testimonial sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión, como requisito previo para la generación de un debate público que sea "abierto, desinhibido y robusto", tal como lo señaló el juez William Brennan Jr. en la sentencia del famoso caso *New York Times versus Sullivan* de la Suprema Corte de los Estados Unidos (376 U.S. 254 1964).

Por otro lado, el valor preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales ha sido reconocido por varios tribunales constitucionales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que la vinculación que dicha libertad tiene con el pluralismo político le otorga una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986).

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad

democrática, una de las condiciones primordiales para el progreso y desarrollo de todos los seres humanos (*Handyside v. United Kingdom*).

En ese sentido, cabe señalar que los estándares internacionales sobre la protección de los derechos humanos han jugado un papel importante, por citar algún caso, en el *Prólogo de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, se explica que cuando Uruguay decidió despenalizar la expresión en materia de asuntos de interés público, su legislatura lo hizo citando expresamente los antecedentes del sistema interamericano. En el mismo sentido, Argentina eliminó los delitos de calumnias e injurias en relación a asuntos de interés público como consecuencia del litigio ante el sistema interamericano impulsado por periodistas y organizaciones de la sociedad civil en el caso *Kimel*, en cuya sentencia la Corte Interamericana ordenó al Estado argentino modificar su normativa en la materia.

Otro mecanismo que permite la incorporación de los estándares internacionales en el ámbito interno es a través del litigio a nivel local. Así, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal de Brasil resolvió que la exigencia de un diploma como condición para el ejercicio de la profesión de periodista era inconstitucional, esto es, el Tribunal consideró que la exigencia de dicho diploma era desproporcionada y violaba la Constitución de ese país así como los convenios internacionales de los cuales Brasil es parte. El Tribunal hizo específica referencia a la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana, en la que estableció que este tipo de requerimientos son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana.

Por su parte, en Chile, el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso aplicó los estándares interamericanos en materia de protesta social y libertad de expresión para proteger a un grupo de trabajadores cuyo derecho a la protesta estaba siendo ilegítimamente limitado. El caso es particularmente interesante ya que el uso de los

estándares internacionales fue vital para robustecer la protección de los derechos humanos de esos trabajadores.

En otro caso, la Corte Constitucional de Colombia, al resolver una acción pública de inconstitucionalidad que cuestionaba la exclusión de la *exceptio veritatis* en los procesos penales por delitos de injuria y calumnia, hizo expresa referencia a los distintos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Relatoría Especial en los que se llamó reiteradamente a despenalizar y proteger de manera preponderante a los discursos políticos y sobre asuntos de interés público.

En ese orden de ideas, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió que las normas penales del Estado de Guanajuato que protegen el honor y la intimidad eran incompatibles con la Constitución por ser extremadamente vagas. La SCJN juzgó, siguiendo los estándares interamericanos, que las limitaciones a la libertad de expresión deben satisfacer determinados requisitos formales sustantivos y reconoció la especial protección que cabe otorgarle a ciertos discursos vinculados con asuntos de interés público.

Bajo este contexto, considero que este tipo de decisiones que sin duda muestran que el diálogo fructífero entre instancias nacionales y regionales produce un círculo virtuoso de aprendizaje mutuo.

Por otra parte, según ha sustentado la jurisprudencia interamericana, la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho con una dimensión dual: una individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y otra colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada (Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*: párr. 53).

Teniendo en cuenta esta doble dimensión, se ha explicado que la libertad de expresión es un *medio para el intercambio* de informaciones e ideas entre las personas y para la comunicación masiva entre los seres humanos, la que implica tanto el derecho a comunicar a otros el propio punto de vista y las informaciones u opiniones que se quieran, como el derecho de todos a recibir y conocer tales puntos de vista, informaciones, opiniones, relatos y noticias, libremente y sin interferencias que las distorsionen u obstaculicen (Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*: párr. 110).

En este punto concreto, es importante referir que para el ciudadano es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia (Corte I.D.H., Caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile, 2001: párr. 66).

Si bien es cierto, un determinado acto de expresión implica simultáneamente las dos dimensiones, en consecuencia, una limitación del derecho a la libertad de expresión afecta al mismo tiempo ambas dimensiones. Así, por ejemplo, en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, la Corte Interamericana explicó que cuando las autoridades de la justicia penal militar chilena impidieron -mediante prohibiciones e incautaciones materiales- que el peticionario publicara un libro ya escrito, que se encontraba en proceso de edición y distribución, se generó una violación de la libertad de expresión en sus dos dimensiones, por cuanto simultáneamente se afectó el ejercicio de esta libertad por parte de Palamara, a través de la escritura y publicación del libro, y se afectó el derecho del público chileno a recibir la información, ideas y opiniones plasmados en tal texto (Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, 2005: párr. 107).

Bajo esta misma idea, esencial, la Primera Sala de la SCJN de México, sostuvo que para el análisis de los límites a la libertad de expresión, es válido emplear el denominado “sistema dual de protección”, según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a

actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública.¹

4. DIMENSIONES Y MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como se ha mencionado en la jurisprudencia interamericana se ha clasificado el derecho a la libre manifestaciones de ideas en dos **dimensiones**: una individual y una colectiva o política. Por un lado, la dimensión individual de la libertad de expresión exige de un elevado nivel de protección, en tanto se relaciona con valores fundamentales como la autonomía y la libertad personal.

Desde tal óptica, existe un ámbito que no puede ser invadido por el Estado, en el cual el individuo puede manifestarse libremente sin ser cuestionado sobre el contenido de sus opiniones y los medios que ha elegido para difundirlas. Precisamente, la libre manifestación y flujo de información, ideas y opiniones, ha sido erigida en condición indispensable de prácticamente todas las demás formas de libertad, y como un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento, presupuesto esencial para garantizar la autonomía y autorrealización de la persona.

En cambio, tratándose de la dimensión colectiva o política se ha enfatizado la importancia de la libre circulación de las ideas para la formación de la ciudadanía y de la democracia representativa, permitiendo un debate abierto sobre los asuntos públicos. La libertad de expresión se constituye así, en una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático.

¹ Tesis aislada XXIII/2011 (10ª), cuyo título dice: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA”.

Además, esta dimensión de la libertad de expresión cumple numerosas funciones, entre otras, mantiene abiertos los canales para el disenso y el cambio político; se configura como un contrapeso al ejercicio del poder, ya que la opinión pública representa el escrutinio ciudadano a la labor pública; y contribuye a la formación de la opinión social sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado. Dicho ejercicio permite la existencia de un verdadero gobierno representativo, en el que los ciudadanos participan efectivamente en las decisiones de interés general. Por ende, las manifestaciones que se viertan en esta suerte, gozan de mayor tolerancia.

Por otro lado, hablando de las distintas **manifestaciones** del derecho a la libertad de expresión, es importante recalcar que el artículo 13 de la Convención Americana, establece que la libertad de expresión es un derecho de toda persona, en condiciones de igualdad y sin discriminación por ningún motivo.

Bajo esa idea, la jurisprudencia interamericana explica que la titularidad del derecho a la libertad de expresión no puede restringirse a determinada profesión o grupo de personas, ni al ámbito de la libertad de prensa (Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, 2009: párr. 114).

Por otro lado, los principales tipos concretos de expresión que han sido objeto de pronunciamientos por parte de la CIDH y la Corte Interamericana son los que se reseñan a continuación.

El derecho a hablar, esto es, a expresar oralmente los pensamientos, ideas, información u opiniones. Se trata de un derecho básico que, al decir de la CIDH y la Corte Interamericana, constituye uno de los pilares de la libertad de expresión (Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, 2006: párr. 164).

Dicho derecho implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma que elijan para expresarse. Así, en el caso *López Álvarez Vs. Honduras*,

la Corte Interamericana examinó el caso de un miembro de un grupo étnico que había sido privado de su libertad, y que durante el curso de su reclusión había sido afectado por la prohibición, impuesta por el director del penal, de hablar en el idioma de su etnia.

El derecho a escribir, esto es, a expresar en forma escrita o impresa los pensamientos, ideas, información u opiniones, también en el idioma que quien se expresa elija para hacerlo.

El derecho a difundir las expresiones habladas o escritas de pensamientos, informaciones, ideas u opiniones, por los medios de difusión que se elijan para comunicarlas al mayor número posible de destinatarios. En este sentido, la Corte Interamericana ha enfatizado que La libertad de expresión no se agota en el derecho abstracto a hablar o escribir, sino que abarca inseparablemente el derecho a la difusión del pensamiento, la información, las ideas y las opiniones por cualesquiera medios apropiados que se elijan, para hacerlo llegar al mayor número de destinatarios (Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. 2004: Serie C No. 111).

El derecho a la expresión artística o simbólica, a la difusión artística, y al acceso al arte, en todas sus formas (CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “La Ultima Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile).

El derecho a buscar, a recibir y a acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole. Según han explicado la CIDH y la Corte Interamericana, el derecho a la libertad de expresión también faculta a sus titulares para buscar, procurar, obtener y recibir todo tipo de información, ideas, expresiones, opiniones y pensamientos. El derecho de acceso a la información, particularmente a la información que está en poder del Estado, es una manifestación específica y crucial de esta libertad, que ha merecido especial atención en el sistema interamericano.

El derecho de tener acceso a la información sobre sí mismo contenida en bases de datos o registros públicos o privados, con el derecho correlativo a actualizarla, rectificarla o enmendarla.

El derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar dicha información y a distribuirla. Los organismos interamericanos han protegido esta manifestación de la libertad de expresión, por ejemplo, en casos de posesión de periódicos o medios impresos para la distribución o **uso personal** (CIDH. Informe No. 3/98. Caso No. 11.221. *Tarcisio Medina Charry*. Colombia. 1998: párr. 77), **o de posesión, transporte, envío y recepción de libros** (CIDH. Informe No. 2/96. Caso No. 10.325. *Steve Clark y otros*. Granada, 1996).

Con ese marco de referencia, podemos decir que las implicaciones del derecho fundamental de libertad de expresión en el marco de un proceso electoral son enormes, por ello me parece interesante plantear algunas de sus problemáticas a la luz de un caso judicial en materia electoral en México.

5. CRITERIOS JUDICIALES, ESTÁNDARES Y HERRAMIENTAS JURISPRUDENCIALES

Tanto la SCJN, como las distintas Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), se han hecho cargo de establecer criterios sobre el alcance del derecho de la libertad de expresión en el contexto de los procesos electorales. Algunos de esos criterios podemos agruparlo en función a sus notas distintivas:

1. Restricciones. Aquellos encaminados a analizar las restricciones a la libertad de expresión, como son la calumnia², la afectación al orden pública, la vida

² Artículo 471, párrafo 2 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales- de establecer de manera específica dicho concepto, en los siguientes términos: "Se entenderá por calumnia la imputación de hechos o delitos falsos con impacto en un proceso electoral."

privada o los derechos de tercero. Dentro de ellos podemos identificar, entre otros, los siguientes:

- a. Límites de la libertad de expresión conforme al sistema de protección dual y del **estándar de malicia efectiva**.³
- b. Es inconstitucional prohibir los mensajes de propaganda “que denigre a las instituciones y a los partidos políticos”.⁴
- c. La **censura previa**⁵ está prohibida por la Constitución (artículo 7) y por la convención americana (13, 2)⁶. La única excepción prevista en este último documento es tratándose de espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

³ Tesis: 1a./J. 38/2013 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA.**” Sobre este aspecto, esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con "real malicia" (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión). El estándar de "real malicia" requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención. En este sentido, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación observa que, dependiendo de su gravedad y de la calidad del sujeto pasivo, las intromisiones al derecho al honor pueden ser sancionadas con: 1. Sanciones penales, en supuestos muy limitados referentes principalmente a intromisiones graves contra particulares; 2. Con sanciones civiles, para intromisiones graves en casos de personajes públicos e intromisiones medias contra particulares; y 3. Mediante el uso del derecho de réplica o respuesta, cuyo reconocimiento se encuentra tanto en el texto constitucional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para intromisiones no graves contra personajes públicos e intromisiones leves contra personas privadas.

⁴ Acción de Inconstitucionalidad 90/2014.

⁵ Tesis: I.4o.A.13 K (10a.), sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de rubro: “**CENSURA PREVIA. ESTÁ PROHIBIDA POR LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO RESTRICCION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACION Y A LA LIBERTAD DE EXPRESION, A MENOS DE QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCION CONTENIDA EN SU ARTICULO 13, NUMERAL 4.**”

⁶ Como dato adicional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos considera como restricciones a la libertad de expresión toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (artículo 13, numeral 5). Otra restricción aplica cuando sea necesario para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (artículo 13, numeral 2).

- d. La Constitución de la República no reconoce el derecho al insulto.⁷
- e. El discurso homófono constituye una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio.⁸
- f. Es constitucional la distribución diferenciada de prerrogativas entre los partidos políticos y los candidatos independientes, por lo cual no vulnera la libertad de expresión de estos últimos.⁹
- g. El hecho de que los servidores públicos concluyan sus funciones, no implica que termine el mayor nivel de tolerancia frente a la crítica a su desempeño.¹⁰

2. Herramientas. Otros tantos, se han enfocado a diseñar las herramientas técnicas para calificar si una expresión difundida en un contexto determinado excede o no la protección constitucional, entre los cuales destaco los siguientes:

- a. Se presume que todas las formas de expresión cuentan con presunción de ser válidas y por ende la Constitución las protege, salvo que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público.¹¹
- b. El estándar de malicia efectiva requiere no sólo que la información difundida haya sido falsa, sino que se haya difundido a sabiendas de su falsedad o con la intención de dañar.¹²

⁷ Tesis: 1a./J. 31/2013 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO**”.

⁸ Tesis 1a. CXLVIII/2013 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFONO CONSTITUYE UNA CATEGORÍA DE LENGUAJE DISCRIMINATORIO Y, EN OCASIONES, DE DISCURSOS DEL ODIO.**”

⁹ Acción de Inconstitucionalidad 38/2014.

¹⁰ Tesis 1a. XLIV/2015 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “**DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL HECHO DE QUE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CONCLUYAN SUS FUNCIONES, NO IMPLICA QUE TERMINE EL MAYOR NIVEL DE TOLERANCIA FRENTE A LA CRÍTICA A SU DESEMPEÑO**”.

¹¹ Tesis: 1a. CDXXI/2014 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SE PRESUME QUE TODAS LAS FORMAS DE EXPRESIÓN SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS POR LA CONSTITUCIÓN**”.

¹² Tesis: 1a. XL/2015 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE**

- c. Test de interés público.¹³
- d. Estándar de veracidad del "sustento fáctico" de una nota periodística o un reportaje donde concurren información y opiniones.¹⁴

3. Discursos. Finalmente, otro grupo de criterios han clasificado discursos concretos, es decir, un tipo especial de manifestaciones.

- a. Comprende el discurso comercial (agentes económicos, regulación de mercado y protección de consumidores).¹⁵
- b. Protección especial del discurso académico.¹⁶
- c. Los discursos del odio son aquellos que incitan a la violencia -física, verbal, psicológica, entre otras- contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos.¹⁷
- d. El discurso homófono constituye una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio.¹⁸

HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR)".

¹³ Tesis: 1a. CXXXIII/2013 (10a.) sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ELEMENTOS DEL TEST DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LA INFORMACIÓN PRIVADA DE LAS PERSONAS**". En el cual se establece que para decidir si determinada información privada es de interés público se debe reunir dos elementos: 1. Una conexión patente entre la información privada y un tema de interés público; y, 2. La proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información privada y el interés público de la información.

¹⁴ Tesis: 1a. XLI/2015 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ESTÁNDAR DE VERACIDAD DEL "SUSTENTO FÁCTICO" DE UNA NOTA PERIODÍSTICA O UN REPORTAJE DONDE CONCURRAN INFORMACIÓN Y OPINIONES**".

¹⁵ Tesis: 1a. CDXXII/2014 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL COMPRENDE AL DISCURSO COMERCIAL**". 16

¹⁶ Tesis: 1a. CXLIX/2014 (10a.) sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO ACADÉMICO. SU ESPECIAL PROTECCIÓN**".

¹⁷ Tesis: 1a. CL/2013 (10a.) sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ACTUALIZACIÓN, CARACTERÍSTICAS Y ALCANCES DE LOS DISCURSOS DEL ODI**".

¹⁸ Tesis: 1a. CXLVIII/2013 (10a.) sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFONO CONSTITUYE UNA CATEGORÍA DE LENGUAJE DISCRIMINATORIO Y, EN OCASIONES, DE DISCURSOS DEL ODI**".

- e. La libertad de expresión cuenta con un posición preferencial cuando es ejercida por profesionales de la prensa.¹⁹

6. CASOS LITIGIOSOS

Como se mencionó, el derecho a la libertad de expresión ha sido llevado ante los Tribunales mexicanos con mayor frecuencia, con motivo de diversos casos, entre ellos para definir los límites de su ejercicio en cuestiones periodísticas, calumnias, propaganda electoral y gubernamental, discurso político y campañas negras o de contraste.

En estos casos, tanto la SCJN como el TEPJF, han desarrollado una interesante línea jurisprudencial que tiende a maximizar el ejercicio de la libertad de expresión frente a otros derechos.

Sin embargo, es importante recalcar que existen casos específicos donde este derecho humano entra en colisión con otras libertades públicas o bien afecta transversalmente bienes jurídicos de gran valor para el sistema constitucional, como son el interés superior del menor o el derecho al honor.

Por ello, me gustaría recuperar algunos de estos casos, con el fin de ejemplificar las problemáticas interpretativas que conlleva el análisis de este derecho fundamental a la luz de la justicia constitucional y electoral.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PARTIDOS POLÍTICOS

Este asunto fue promovido por Manuel Jesús Clouthier Carrillo, hijo de quien fuera candidato por el Partido Acción Nacional (PAN) en las elecciones presidenciales de 1988.

¹⁹ Así lo ha sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada XXII/2011 (10ª), de rubro: “**LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU POSICIÓN PREFERENCIAL CUANDO SON EJERCIDAS POR LOS PROFESIONALES DE LA PRENSA**”.

Clouthier Carrillo se desempeñaba como diputado federal por el Estado de Sinaloa, a la LXI Legislatura del Congreso de la Unión, postulado por el PAN, con la peculiaridad que a pesar de ser integrante del Grupo Parlamentario de Acción Nacional, no contaba con militancia en dicho instituto político. Posteriormente, el referido legislador aspiró a la candidatura al Senado de la República.

Posteriormente, un órgano interno del partido, emitió convocatoria para participar en el proceso de selección de candidatos a senadores por el principio de mayoría relativa para el período 2012-2018, entre ellos en Sinaloa. La convocatoria estableció como requisito que cuando el interesado no fuera miembro activo –como es caso de Clouthier- deberá contar con *carta de aceptación* de parte del Comité Ejecutivo Nacional, órgano que le negó dicha aprobación con el argumento que había criticado abiertamente al partido y a los gobiernos emanados del mismo, asimismo, por no haber colaborado en ningún aspecto con el partido en el Estado de Sinaloa y en las ocasiones que interviene o participa lo hace de manera destructiva.

Para justificar su decisión, el partido se apoyó en diversas notas periodísticas que versan sobre:

A. Las políticas emprendidas por el otrora presidente Calderón en materia de lucha contra la delincuencia organizada, en particular en el Estado de Sinaloa (es de recalcar que el actor refiere en su comentario que emite dichas opiniones a título de mi representación de los sinaloenses, es decir en su carácter de legislador federal por dicha entidad federativa).

B. Opiniones críticas, cuestionando el liderazgo del ex presidente Vicente Fox, en el marco del homenaje por el 20 aniversario luctuoso de “Maquío”.

Inconforme con dicha determinación, Clouthier impugnó la negativa del partido ante el TEPJF, quien turnó el asunto a la Sala Regional con sede en Guadalajara, Jalisco (SRG). En la demanda, el ciudadano alegó en esencia la violación a su derecho a expresarse y además aludió que emitió dichos comentarios en su carácter de legislador federal.

En relación con el asunto, la SRG concedió la razón lo estimó fundado y suficiente, básicamente porque la libre manifestación de las ideas no es una libertad más sino constituye uno de los fundamentos del orden político y que en principio, todas las formas de discurso están protegidas²⁰ por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y gubernamental con la que cuenten.

En conclusión, la Sala resolvió que que las declaraciones plasmadas en las notas periodísticas constituyen manifestaciones legítimas del derecho a la libertad de expresión del ciudadano, porque versan sobre aspectos que guardan estrecha relación con el debate político, en el cual los sujetos aludidos deben soportar una mayor tolerancia a la crítica, no obstante hayan concluido su encargo público.

PONDERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS SPOTS ELECTORALES

En este caso, a diferencia del anterior, se analiza un posible exceso en el ejercicio de la libertad de expresión, en su vertiente de difundir propaganda electoral.²¹

²⁰ Si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, existen ciertos tipos de discurso que reciben una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. En la jurisprudencia interamericana, tales modos de discurso especialmente protegidos son los tres siguientes: **1. El discurso político y sobre asuntos de interés público; 2. El discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos;** y 3. El discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

²¹ Ver sentencia SRE-PSC-0102/2016.

En la especie, se denunció a un partido político ante el Instituto Nacional Electoral (INE) por incurrir en calumnia²² al difundir en sus spots imágenes de una niña en donde se les relacionó con delitos presuntamente cometidos por el candidato de otra fuerza política.

El punto de interés en este caso, consiste en la tutela especial hacia los menores que aparecieron en este material propagandístico. En efecto, el TEPJF determinó que si bien los partidos tienen a salvo su derecho a emitir propaganda electoral en los tiempos oficiales, deben evitar incluir imágenes de menores de edad en un contexto peyorativo o que pongan en riesgo el interés superior de la niñez.

Sobre este último aspecto, es importante enfatizar que la aparición de la menor en el promocional pudiera comprometer su derecho a la propia imagen. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional español establece que el derecho a la propia imagen “se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado”.²³

Aunado a ello, se enfatizó que esta salvedad persiste aún con el consentimiento de los padres de los menores, dado que el promocional lesiona sus derechos, el libre desarrollo intelectual, afectivo, social, entre otros, al abordarse delitos de alto impacto social, como lo es la pederastia.

²² Ver Jurisprudencia 31/2016 de la Sala Superior del TEPJF, de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN. NO PROTEGE LA IMPUTACIÓN DE DELITOS CUANDO CON ELLO SE CALUMNIA A LAS PERSONAS”**.

²³ STC 158/2009, 29 de junio de 2009.

En consecuencia, en este caso se determinó que hubo una afectación al interés superior de la niña menor de edad que aparece en el promocional, lo cual devino en una incorrecta utilización de la prerrogativa constitucional de acceso a los tiempos de televisión, por parte del Partido denunciado, por lo se impuso la sanción económica respectiva.

TEPJF FRENTE A LAS REDES SOCIALES

En un primer momento, el Tribunal se pronunció sobre el tema de redes sociales en el contexto de casos sobre actos anticipados de campaña. En este asunto, se consideró que la mera publicación en un medio electrónico no actualizaba la comisión de actos anticipados de campaña pues el ingreso a una dirección electrónica no ocurre de manera automática sino que requiere de un acto de voluntad, directo e indudable del usuario.

En otras palabras, en el acceso a la información que se difunde en redes sociales opera un factor volitivo; esto es, existe la intención de una persona de ir a esa página, buscarla y hacerse de los mecanismos para lograr entrar a ella, de ahí que, también sea un escenario de libertad.²⁴

Por esa razón, este criterio estableció un parámetro de apertura hacia el uso de redes sociales.

Posteriormente, se emitieron diversas jurisprudencias que aportan más elementos para definir los alcances de estos instrumentos electrónicos en el marco de los procesos electorales.

Una de ellas²⁵, estableció que al momento de analizar conductas posiblemente infractoras de la normativa electoral respecto de expresiones

²⁴ SUP-RAP-268/2012.

²⁵ Jurisprudencia 17/2016

difundidas en internet, en el contexto de un proceso electoral, se deben tomar en cuenta las particularidades de ese medio, a fin de potenciar la protección especial de la libertad de expresión; toda vez que el internet tiene una configuración y diseño distinto de otros medios de comunicación como la radio, televisión o periódicos, por la forma en que se genera la información, el debate y las opiniones de los usuarios, lo que no excluye la existencia de un régimen de responsabilidad adecuado a dicho medio.

Lo anterior, tomando en consideración que el internet facilita el acceso a las personas de la información generada en el proceso electoral, lo cual propicia un debate amplio y robusto en el que los usuarios intercambian ideas y opiniones – positivas o negativas– de manera ágil, fluida y libre, generando un mayor involucramiento del electorado en temas relacionados con la contienda electoral.

En suma, el criterio marca un estándar dirigido a la autoridad encargada de analizar la existencia de infracciones a la ley electoral derivada de la difusión de datos en internet. Dicho estándar consiste en tomar en cuentas las peculiaridades de este medio, es decir, su carácter de medio masivo, plural, dinámico, ambivalente y de amplia interacción.

Por otro lado, en una diversa jurisprudencia²⁶ el TEPJF estableció que el sólo hecho de que uno o varios ciudadanos publiquen contenidos a través de redes sociales en los que exterioricen su punto de vista en torno al desempeño o las propuestas de un partido político, sus candidatos o su plataforma ideológica, es un aspecto que **goza de una presunción de ser un actuar espontáneo**, propio de las redes sociales, por lo que ello debe ser ampliamente protegido cuando se trate del ejercicio auténtico de la libertad de expresión e información, las cuales se deben maximizar en el contexto del debate político.

²⁶ Jurisprudencia 18/2016.

En síntesis en este criterio se establece que las expresiones suscitadas en el marco de las redes sociales cuentan con un respaldo jurídico al presumirse que son espontáneas y genuinas, con lo cual debe considerarse *a priori* dentro de la protección constitucional de la libertad de expresión.

Finalmente, en otro criterio²⁷ el TEPJF estimó que, por sus características, las redes sociales son un medio que posibilita un ejercicio más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión, lo que provoca que la postura que se adopte en torno a cualquier medida que pueda impactarlas, **deba estar orientada, en principio, a salvaguardar la libre y genuina interacción entre los usuarios**, como parte de su derecho humano a la libertad de expresión, para lo cual, resulta indispensable **remover potenciales limitaciones sobre el involucramiento cívico y político de la ciudadanía a través de internet**.

Este posicionamiento judicial me parece de suma trascendencia pues establece una pauta de interpretación encaminada a remover obstáculos jurídicos que impidan el involucramiento de los usuarios en el quehacer político y social, es decir, establece una metodología que busca privilegiar un derecho que se practica bajo un medio en específico, en este caso a través de Internet.

LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LOS MINISTROS DE CULTO RELIGIOSO²⁸

En este asunto, el Partido de la Revolución Democrática (PRD) denunció a ministros de culto religioso por declaraciones donde llamaron a no votar por dicho partido, dado que apoya leyes a favor del aborto y el matrimonio entre personas del mismo género.

²⁷ Jurisprudencia 19/2016.

²⁸ Ver Tesis XXXVIII/2014, de rubro: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA LIMITACIÓN DE SU EJERCICIO IMPUESTA A LOS MINISTROS DE CULTO RELIGIOSO, ES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA".

Después de desahogar el procedimiento ante la autoridad electoral, el TEPJF determinó que la libertad de expresión a la que tienen derecho los ministros de culto religioso, no pueden contravenir valores democráticos.

En efecto, al examinar las declaraciones determinó que uno de los ministros de culto incurrió en infracción al emitir dichas declaraciones no a título personal sino en su calidad de Director de la Oficina de Comunicación Social de la Asociación Religiosa a la que pertenece, además que las declaraciones fueron difundidas en el sitio web de la propia asociación.

En ese sentido, de conformidad a la legislación electoral federal vigente en ese momento²⁹ existe la prohibición para dichos ministros de inducir a los ciudadanos a votar por un candidato o partido político, o bien, abstenerse de ejercer su derecho a votar, disposición que debe considerarse constitucionalmente válida, en tanto que busca salvaguardar los principios que orientan el sistema representativo, democrático, laico y federal consagrados en el artículo 40 de la Constitución Federal.

Asimismo, el TEPJF estimó que esta medida del legislador es necesaria, dada la ascendencia que se reconoce tienen los ministros de culto religioso como líderes de la iglesia en sectores específicos de la comunidad.

7. REFLEXIÓN A MANERA DE CONCLUSIÓN

El derecho humano a manifestar las ideas y el pensamiento contiene un núcleo básico que implica que toda persona tiene la posibilidad de comunicarse y transmitir sus opiniones con sus pares a través de las distintas plataformas o modalidades, por ende, desde mi perspectiva nos encontramos frente a una libertad

²⁹ Artículo 353, párrafo 1, inciso a), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que prohíbe a los ministros de cultoreligioso inducir a los ciudadanos a votar por un candidato o partido político, o bien, a abstenerse de ejercer su derecho a votar.

civil de gran profundidad en nuestro sistema constitucional y también ampliamente tratado en los instrumentos internacionales.

Ahora bien, en materia electoral adquiere una connotación específica si consideramos que el debate político necesita de un ejercicio robusto y amplio entre los distintos actores políticos, y desde luego en su interacción con el electorado, pues gracias a esa vinculación con el propio elector, éste podrá conocer las plataformas electorales así como la forma de pensar y actuar de los aspirantes a ocupar los cargos de elección popular.

Por ello es que desde ámbito legislativo y jurisdiccional se han diseñado algunas herramientas jurídicas con el ánimo de establecer pautas para que ese debate no se inhiba sino que se impulse en la dirección adecuada, que es la del electorado informado y consciente de lo que va votar.

Estas herramientas buscan distinguir entre los distintos tipos de información que se divulgan en un contexto determinado, y cómo estos mensajes pueden considerarse permisibles según el sujeto al que va dirigido, cómo se expresan, por qué medio, en qué tiempo, etc, todo con la finalidad de verificar si exceden los límites constitucionales de la libertad de expresión.

En una democracia participativa, debe existir apertura en el debate, puede existir crítica y replica en los mensajes, pero todo con responsabilidad frente al ámbito privado, a los derechos de terceros y a los valores básicos de la sociedad, con el fin de preservar el Estado de Derecho así como los principios rectores de la materia.