

CAPÍTULO TERCERO

RESTRICCIONES LEGALES QUE PONEN EN RIESGO EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

La jurisprudencia de la CorteIDH declara que la libertad de expresión, en sentido amplio, puede ser objeto de restricciones; pero para que la responsabilidad pueda establecerse válidamente, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es necesario que se reúnan cuatro requisitos:¹⁴³

- a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas;
- b) la definición expresa y taxativa de esas causales por ley;
- c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los fines mencionados.

El requisito de necesidad de la restricción dependerá de que esté orientada a satisfacer un interés público imperativo, pero de ninguna forma puede 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. De tal modo, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajus-

¹⁴³ CorteIDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, 5, párr. 39; Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, 107, párr. 120; Caso *Mémoli vs. Argentina*, Sentencia del 22 de agosto de 2013, Serie C, 265, párr. 130.

tarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible o sólo lo estrictamente necesario en el ejercicio efectivo de la libertad de expresión.¹⁴⁴

No escapa a la CorteIDH qué se entiende por necesaria, “es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención”.¹⁴⁵

Con la idea de evitar que se limite, más allá de lo necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión en sentido amplio, la Convención, en su artículo 13.3, prohíbe las restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos. Con ello no sólo trata de impedir las restricciones gubernamentales directas, sino que también prohíbe expresamente controles particulares que produzcan el mismo resultado. Cabe resaltar que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contienen una disposición comparable a la mencionada en estas líneas.¹⁴⁶

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (CDDHH)¹⁴⁷ declara en su Observación General Núm. 34 que, “cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no pueden poner en peligro el derecho propiamente. El comité recuerda que la relación entre derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no puede invertirse”¹⁴⁸ jamás. En principio, en mi opinión, las restricciones penales a la libertad

¹⁴⁴ CorteIDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, 5, párr. 46; Caso *Paramará Iribarne vs. Chile*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, 135, párr. 85; Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, 111, párrs., 95 y 96; Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 123.

¹⁴⁵ CorteIDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, 5, párr. 79.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 46 y 47.

¹⁴⁷ El Comité de Derechos Humanos es un órgano adoptado por los Estados Partes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para revisar el cumplimiento del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966).

¹⁴⁸ ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 34, del 12 de septiembre de 2011, en CCPR/C/GC/34, párr.21.

de expresión en sentido amplio para proteger el honor, existentes en México en el ámbito estatal, ponen en peligro las libertades informativas.

I. LA VÍA PENAL COMO MEDIO PARA SANCIONAR CONDUCTAS ILÍCITAS EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MÉXICO

Cabe adelantar que los criterios jurisprudenciales declarados por los mecanismos de protección internacional a los derechos humanos respecto a la vía penal como medio para sancionar las conductas ilícitas en el ejercicio de la libertad de expresión van desde la despenalización de la difamación, calumnias e injurias, la utilización de medios menos restrictivos como la vía civil y la rectificación, hasta considerar la aplicación del derecho penal sólo para los ataques más graves que dañen el honor. Asimismo, en el ámbito interno no hay un criterio único en el plano normativo.

1. Sistema Universal de Protección a los derechos humanos

El CDDHH declara que “los estados partes deberían considerar la posibilidad de despenalizar la difamación y, en todo caso, la normativa penal debería aplicarse en los casos más graves, y la pena de prisión no es nunca adecuada”.¹⁴⁹

El criterio precedente se utiliza en el caso de la periodista Lydia Cacho,¹⁵⁰ en el que se señaló que toda detención con base en cargos de difamación no puede considerarse una medida necesaria ni proporcional;¹⁵¹ no es necesaria desde el momento en que

¹⁴⁹ *Ibid.*, párr. 47. En similar sentido, véase el Caso de la periodista Lydia Cacho, Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Unidad sobre la Comunicación 2767/2016, 17 de julio de 2018, párr. 9.6.

¹⁵⁰ ONU, PIDCP, Caso de la periodista Lydia Cacho, Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Unidad sobre la Comunicación 2767/2016, 17 de julio de 2018, párr. 10.8.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 10.9.

hay otros medios menos restrictivos para la libertad de expresión, como el derecho de rectificación.

Para determinar la arbitrariedad de una medida, el CDDHH señaló que no sólo debe equipararse con que sea contraria a la ley, sino que deberá interpretarse de una manera más amplia, de modo que incluya consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales, además de criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.¹⁵²

Los argumentos anteriores se fortalecieron cuando el CDDHH reiteró que el Estado parte tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para que en el futuro no se vuelvan a cometer violaciones, como la detención arbitraria, la reclusión como castigo; igualmente, incluye como parte de la obligación de garantía del Estado para que los defensores y periodistas ejerzan la libertad de expresión en sus actividades, “la despenalización de los delitos de difamación, calumnia en todos los estados federados”.¹⁵³ Por consiguiente, el CDDHH tiene una tendencia a relativizar e incluso a abandonar la protección penal del derecho al honor.

Lamentablemente, la despenalización de estos delitos de difamación, calumnias e injurias en México no se ha efectuado en todos los estados federados, como se verificará en el tema 4.2. Esto permite que se siga utilizando la vía penal como una forma de criminalizar a los defensores de derechos humanos o silenciar a los periodistas, como por ejemplo, el caso de Lucero Circe López Riofrío, activista feminista que fue vinculada a proceso por ataques contra el honor de un académico y revocado el auto de vinculación en apelación en Michoacán.¹⁵⁴ Sin duda, éste es un ejemplo en el que la defensora de derechos humanos —Lucero— tuvo que defenderse de esa criminalización mediante la apelación, porque tal como están regulados los ataques al honor, cualquiera puede ser vinculada o involucrada a proceso, lo que da cabida a la criminalización desde la primera etapa del proceso penal.

¹⁵² *Ibid.*, párr. 10.10.

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 11.

¹⁵⁴ Véase Redacción Animal Político, “Activista es acusada de delitos contra el honor por denunciar acoso de un profesor en Michoacán” [en línea].

A los criterios anteriores es necesario sumar los de CIDH y la CorteIDH, respectivamente, para después verificar cuáles se han incorporado en la jurisprudencia de la SCJN y por el legislador en los ámbitos federal y estatal.

2. Sistema Interamericano

Como apunta Meza Flores, el Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos se integra por dos órganos, la CIDH y la CorteIDH. Ahora bien, para entender este sistema es necesario considerar otros aspectos relevantes, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), las organizaciones de la sociedad civil y las víctimas de violaciones de derechos humanos.¹⁵⁵

Entre los mecanismos para la protección de los derechos humanos se examinan los casos que son el procedimiento a través del cual los órganos anteriores determinan si un Estado incumplió con alguna norma establecida en los instrumentos internacionales de los derechos humanos.¹⁵⁶

En el Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, la CorteIDH declara que el “derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”.¹⁵⁷ Además de este razonamiento, en el Caso *Kimel vs. Argentina* señala que

la tipificación amplia de los delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínimo del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques *más graves que los dañen o los*

¹⁵⁵ Socorro Apreza Salgado, *et al.*, *Derechos Humanos*, p. 284.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 288.

¹⁵⁷ CorteIDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 79. También, véase Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 104.

pongan en peligro. Lo contrario conduciría a un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.¹⁵⁸

De los casos contenciosos mencionados de la CorteIDH se desprenden criterios similares al del ComitéDDHH, especialmente en la aplicación del derecho penal sólo a los ataques más graves que dañen el honor, sin llegar a mencionar la despenalización de los delitos contra el honor.

Aun cuando la CorteIDH no utiliza como *prima ratio* el derecho penal, no estima contraria a la Convención ninguna sanción penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones; pero esta posibilidad debe analizarse con especial cautela, ponderando, como ya señale, “la extrema gravedad de la conducta” desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño causado injustificadamente y otros casos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.¹⁵⁹

A la par de los criterios de la CorteIDH, Sergio García Ramírez en su voto razonado se pronuncia sobre el examen de la vía penal como medio para sancionar conductas ilícitas en el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, considera que

en general [...], prevalece la corriente favorable al denominado derecho penal mínimo, es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo”. Y esto, porque “una resolución civil provee las dos especies de reparaciones que revisten mayor in-

¹⁵⁸ CorteIDH, Caso *Kimel Vs Argentina*, Sentencia de 4 de mayo de 2008, Serie C, 177, párr. 76.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 78. En similar sentido, en el Caso Usón la CorteIDH declara que el “poder punitivo sólo puede ejercerse en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de *los ataques más graves* que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría a *un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado*” (CorteIDH, Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C, 207, párr. 73). También, en el Caso *Mémoli* la Corte reitera que no estima contraria a la Convención ninguna medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones (CorteIDH, Caso *Mémoli vs. Argentina*, párrs. 126 y 139).

terés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita.¹⁶⁰

Por ello coincido con Sergio García Ramírez en que:

La vía penal no es el medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomo en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin. Si la vía penal no es el medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de necesidad que invoca el artículo 13.2, el imperativo del interés general que menciona el artículo 30, y las razones vinculadas a la seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común que menciona el artículo 32. Esa vía será, por tanto, incompatible con la Convención americana y deberá ser reconsiderada.¹⁶¹

Soy una convencida de que la vía penal no es el medio idóneo para proteger el derecho fundamental al honor, sino que más bien pone en peligro la libertad de expresión en sentido amplio, en tanto puede inhibir a los periodistas o a los defensores de derechos humanos, lo que produce autocensura. En sentido análogo, Herrero Tejedor apunta que “pensar que los excesos en las libertades de expresión han de dar lugar a penas privativas de libertad, o inhabilitación para los periodistas supondría no reconocer el valor que para la democracia tiene la libertad de expresión”¹⁶² y la formación libre de la opinión pública u opiniones públicas.

Por estas consideraciones, en mi opinión, la CorteIDH debe ser más enérgica y pronunciarse a favor de la despenalización de la difamación y la calumnia como lo realiza el CDDHH.

A la par de los criterios de la CorteIDH, la CIDH considera que el

Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción

¹⁶⁰ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la CorteIDH sobre el caso Kimel, 2 de mayo de 2008, Serie C, 177.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² Fernando Herrero Tejedor, *Honor, intimidad y propia imagen*, p. 139.

penal. En este sentido, la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público y a través de leyes que garanticen, el derecho de rectificación o respuesta.¹⁶³

Aunado a lo anterior, la CNDH apunta en la acción de inconstitucionalidad 116/2015 que tipificar el delito de calumnia es un atentado contra la libertad de expresión, así como el principio *pro persona*.

Con todo, coincido con la CorteIDH en que una

reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y desvalioso de la autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público¹⁶⁴

de ahí la necesidad de que los Estados fijen reglas claras que garanticen una indemnización proporcional al daño causado.

Como puede observarse de los criterios anteriores es fundamental dar respuesta también a las siguientes interrogantes: ¿cuándo estamos frente a informaciones de interés público? ¿existe un umbral diferente de tolerancia a la crítica cuando se trata de funcionarios públicos que cuando son particulares? La respuesta de estas interrogantes, desde la jurisprudencia de la CorteIDH y la SCJN, permitirá dar a conocer los criterios para que los periodistas o defensores de derechos humanos puedan defender el ejercicio de las libertades informativas frente a la utilización del uso del derecho punitivo en México para acallar las voces.

¹⁶³ CorteIDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 72.

¹⁶⁴ CorteIDH, Caso *Tristan Donoso vs. Panamá*, Sentencia 27 de enero de 2007, Serie C, 193, párr. 129.

Para verificar los alcances del derecho punitivo respecto a la libertad de expresión, se examina si en México existe un matiz —sólo para los ataques más graves— en la tipificación de los delitos de calumnias, difamación o injurias en la legislación federal y estatal, o si, por el contrario, hay una tipificación amplia y con conceptos ambiguos que suponen una restricción indebida de la libertad de expresión en sentido amplio, además de verificar si el legislador en México ha adoptado los estándares internacionales.

3. Los criterios de interés público y de un mayor umbral de tolerancia a la crítica por parte de los funcionarios públicos

En la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión en sentido amplio y el honor, el desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH y la SCJN sobre los criterios de interés público y de mayor umbral de tolerancia en la crítica por parte de los funcionarios públicos son un elemento central para garantizar y evitar la restricción indebida de las libertades informativas, especialmente frente a la utilización del derecho punitivo en México.

A. Un mayor umbral de tolerancia a la crítica por parte de los funcionarios públicos

En el caso concreto del derecho al honor —honra o reputación—¹⁶⁵ como límite a la libertad de expresión, la CorteIDH distingue cuando las expresiones son concernientes a funcionarios públicos u otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y, además, versan sobre asuntos de interés público, las cuales deben

¹⁶⁵ La CorteIDH distingue entre honra y reputación; la primera se relaciona con la estima y la valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona (CorteIDH, Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 124). Así, la honra es la dimensión subjetiva del derecho al honor, en cuanto a la apreciación o estima que tenemos de nosotros y la reputación es la dimensión objetiva que constituye la apreciación o estima que tienen otros.

gozar de un margen de apertura a un debate amplio, donde la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada.¹⁶⁶

Este diferente umbral de protección entre el honor de los funcionarios públicos y el de los particulares se explica porque los primeros se “han expuesto voluntariamente a un escrutinio y a la crítica del público, sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.¹⁶⁷ En el primer supuesto, las opiniones y críticas se emiten de manera más abierta, intensa y dinámica.¹⁶⁸ Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realizan.¹⁶⁹

La SCJN da un paso más al señalar que el umbral de tolerancia seguirá siendo mayor frente a la crítica, aun cuando el servidor público concluya sus funciones;

entonces, el límite a la libertad de expresión y de información se fija en torno al tipo de información difundida, y no a su temporalidad, pues sería irrazonable y totalmente contrario a los principios que rigen el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática, vedar el escrutinio de las funciones públicas por parte de la colectividad respecto de actos o periodos concluidos.¹⁷⁰

Ello no significa “que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”.¹⁷¹ En este sentido, “en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión públi-

¹⁶⁶ CorteIDH, Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 98.

¹⁶⁷ CorteIDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 86. Véase CorteIDH, Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 103.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 105.

¹⁶⁹ CorteIDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 87.

¹⁷⁰ Tesis: 1a. XLIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. II, febrero de 2015, p. 1389.

¹⁷¹ CorteIDH, Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 100; Caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, párr. 128.

ca, sino también aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”.¹⁷²

B. *Interés público*

La CorteIDH señala que son de interés público las “opiniones o afirmaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un interés legítimo de mantenerse informada, de conocer lo que incide en el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes”.¹⁷³ Este criterio, a partir de la jurisprudencia del TCE, constituye el interés público por el hecho en sí mismo considerado.

Igualmente, la CorteIDH apunta que es de interés público cuando se involucre a funcionarios públicos o figuras públicas o verse sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado;¹⁷⁴ es decir, el interés público se establece por “la naturaleza pública del protagonista”.

Por tanto, la CorteIDH y la SCJN consideran que el interés público se determina por la “naturaleza pública del protagonista de la noticia y el hecho en sí mismo considerado”, sin desarrollar el criterio según el cual el interés público puede ser determinado por “la naturaleza pública de la fuente de información”, criterio que, por el contrario, sí ha desarrollado el TCE —STC 232/1993, F.J.4—. ¹⁷⁵

Del desarrollo del criterio del interés público por parte de la SCJN y la CorteIDH se desprende la reducción del contenido del requisito del interés público respecto al desarrollo del TCE, situación que no es una cuestión menor, porque implica no asegurar el disfrute de la libertad de expresión en sentido amplio, tal como

¹⁷² CorteIDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 88. Véanse también los casos de “*La última tentación de Cristo vs. Chile*; *Ivcher Bronstein vs. Perú*; *Ricardo Canese vs. Paraguay*.”

¹⁷³ CorteIDH, Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 146.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ Esta afirmación la realicé por primera vez en Socorro Apreza Salgado, “Caso *Mémoli vs. Argentina*: Un ejemplo de la involución en la jurisprudencia de la CorteIDH en materia de libertad de expresión”, p. 380

sucedió en el caso *Mémoli*¹⁷⁶ y el auto de vinculación a proceso dictado por el juez de control y enjuiciamiento del sistema de justicia penal, acusatorio y oral de Lucero Circe López Riofrío,¹⁷⁷ sin que ello nos haga caer en el error de querer negar en redondo los avances en la fijación del contenido del criterio de interés público por el órgano jurisdiccional interno y regional.

Así, en el caso *Mémoli* no se valoró que la información era de interés público por el hecho en sí mismo, es decir que se trataba de una denuncia de “un ilícito contrato de nichos del Cementerio Municipal de tal pueblo de la ciudad”.¹⁷⁸

Por su parte, en el caso de Lucero Circe, el juez de control y enjuiciamiento del sistema de justicia penal, acusatorio y oral, región Morelia, no llevó a cabo el control de convencionalidad, al no analizar los alegatos relativos a la violación de la libertad de expresión en sentido amplio, porque no valoró que la información difundida por Lucero Circe (imputada) es de interés público, “por el hecho en sí mismo y por la naturaleza pública del protagonista de la noticia”. En cuanto al primer supuesto, la información expresada por la imputada en forma oral sobre la existencia de dos quejas de abuso sexual en contra de Boris G. C. (víctima) se presentó en una reunión de trabajo con miembros de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y el personal de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, entre otros —grupo de trabajo del que formaba parte Boris G. C.—, con el objeto de impugnar la legitimidad de Boris como miembro de la Comisión de Alerta de Género en Michoacán. Y, en relación con “la naturaleza pública del protagonista”, el señor Boris G. C. tiene esta naturaleza por

¹⁷⁶ Véase al respecto Socoro Apreza Salgado, “Caso *Mémoli vs. Argentina...*”.

¹⁷⁷ El 8 de febrero de 2018, el juez de control dictó auto mediante el cual vinculó a proceso a la imputada Lucero Circe López Riofrío —fundadora de la organización “Humanas sin violencia”—, por el delito de ataques al honor, en agravio de Boris G. C —académico—; el 28 de febrero de 2018 el magistrado Víctor Barragán, de la Séptima Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, revocó el auto de vinculación a proceso.

¹⁷⁸ Voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Manuel Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el Caso *Mémoli vs. Argentina*, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C, 265.

la condición intrínseca del puesto que ocupa en la estructura social (académico) y el papel que representa en la misma, al formar parte de un grupo de trabajo que buscaba que el Estado emitiera la alerta de género.

En el caso de Lucero Circe, en mi opinión, incluso se pone de manifiesto el desconocimiento de los criterios de la doctrina jurisprudencial sobre el requisito de veracidad. Sin embargo, aunque esto es un estudio interesante, debido a evidentes razones de espacio no puedo abordar en estas páginas el desarrollo jurisprudencial de este requisito y sólo mencionaré las principales características del requisito de veracidad.

La doctrina de jurisprudencia de la CorteIDH con relación al requisito de veracidad puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) El requisito de veracidad se aplica a la libertad de información, no a la libertad de expresión.
- b) Con el requisito de veracidad se busca hacer responsable a la persona por su actuación profesional —constatar de razonable, aunque no necesariamente exhaustiva— y no por el resultado.
- c) El requisito de veracidad se determina por la diligencia en la contrastación de forma razonable.
- d) El requisito de veracidad exige establecer una distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.
- e) En el cumplimiento del requisito de veracidad tienen un mayor deber de diligencia las autoridades estatales, en razón de su alta investidura, sobre el amplio alcance y los eventuales efectos, para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas recibieran una versión manipulada de determinados hechos.

Por su parte, la CorteIDH no ha desarrollado dos de los criterios formulados por tribunales internos mexicanos, con base en el desarrollo jurisprudencial del TCE:

- a) Que se priva de la garantía constitucional al emisor que actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. Al respecto, el Tribunal Colegiado de Circuito declara que sólo quien actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad en lo comunicado incurre en responsabilidad —Tesis I.3o.C.607 C—;
- b) que el ordenamiento constitucional a través del requisito de veracidad presta tutela a la conducta que comunique como hechos

simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas. Sobre este asunto, el Tribunal Colegiado de Circuito señaló que nuestra Constitución no presta tutela a la conducta negligente, ni menos aún a la de quien, como hechos, publique simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas —Tesis I.3o.C.607 C—.

No puede dejar de recordarse al respecto que los tribunales internos mexicanos, concretamente los Tribunales Colegiados de Circuito, determinaron que la veracidad supone “un específico deber de ‘diligencia’ sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hecho haya sido objeto de previo ‘contraste con datos objetivos’ ”.¹⁷⁹ Casi tres años después, la SCJN estableció características similares en torno al requisito de veracidad, al señalar que implica la exigencia de que los reportajes, las entrevistas y las notas periodísticas

vengan respaldados por un ‘razonable’ ejercicio de investigación encaminado a determinar si lo que quiere difundirse tiene suficiente asiento en la realidad. El informador debe poder demostrar de algún modo que ha respetado un cierto estándar de ‘diligencia’ en la comprobación del estatus de los hechos acerca de los cuales se informa.¹⁸⁰

Hasta donde llega nuestro conocimiento, los criterios de la Corte IDH que no han sido incorporados expresamente por los tribunales internos de México son: el relativo al deber de tomar cierta distancia crítica respecto de sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes, y que la diligencia se incrementa en el caso de las autoridades estatales. Ahora bien, con el control de convencionalidad, como apunta Ferrer, los jueces deben realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, la CADH y

¹⁷⁹ Tesis I.3o.C.607 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. xxv, marzo de 2007, p. 1779.

¹⁸⁰ Tesis 1a.CCXX/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. xxx, diciembre de 2009, p. 284.

sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH,¹⁸¹ de ahí que los jueces mexicanos deban incorporar estos criterios.

II. ¿ES LA VÍA PENAL UN MEDIO RESTRICTIVO O IDÓNEO PARA SANCIONAR CONDUCTAS ILÍCITAS EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Como se señaló, mi intención es verificar los alcances del derecho punitivo respecto a la libertad de expresión en México, es decir, determinar si se aplica sólo para los ataques más graves en la tipificación de los delitos de calumnias, difamación o injurias, en la legislación federal y estatal, o si por el contrario, hay una tipificación amplia y con conceptos ambiguos que suponen una restricción indebida de la libertad de expresión en sentido amplio.

En uno de los casos paradigmáticos de México, el de la periodista Lydia Cacho,¹⁸² el CDDHH señaló que la coexistencia de

¹⁸¹ Eduardo Ferrer MacGregor. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, p. 108.

¹⁸² Hechos: Lydia Cacho, periodista y defensora de derechos humanos, publicó en 2005 *Los demonios del Edén. El poder que protege la pornografía infantil*, donde destacaba la existencia de una red de corrupción y explotación infantil en la que participaban autoridades públicas y empresarios de alto nivel, incluido el empresario textil José Kamel Nacif Borge. Producto de esta publicación, en julio de 2005 Nacif presentó una denuncia contra Lydia Cacho en el estado de Puebla por difamación y calumnia; se abrió una averiguación previa y se emitió una orden de detención en su contra. En diciembre de 2005 Lydia Cacho fue detenida por agentes de la Policía Judicial de Puebla y al menos cinco agentes privados de Nacif, en Quintana Roo (lugar donde se encontraba); de ahí fue trasladada hasta el estado de Puebla, en un viaje que duró 20 horas y en el cual fue víctima de tortura psicológica y física, tocamientos e insinuaciones sexuales. En Puebla fue puesta en prisión preventiva durante la cual sufrió de nuevo amenazas y actos de violencia. La autora interpuso un recurso de declaración de incompetencia ante el juzgado de Puebla y argumentó que el tribunal competente para conocer del asunto eran los tribunales del D.F., lugar donde se publicó y presentó el libro. Al declinarse la competencia a los juzgados del tribunal, se decretó la extinción de la pretensión punitiva, puesto que en la legislación del D.F. no existe el delito de difamación. En febrero de 2006 se hicieron públicas las grabaciones donde Nacif agradecía al gobernador del estado de Puebla por haberlo apoyado en la detención de la autora. Frente a ello, el Congreso de la Unión solicitó a la SCJN

diversas legislaciones penales en un Estado Federal no era una violación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en sí mismo; al respecto, Lydia Cacho señaló que el hecho de que existieran estados en los que aún era vigente el tipo penal, el cual podía aplicarse extraterritorialmente, impedía la previsibilidad legal.¹⁸³ De esta afirmación se desprende la siguiente pregunta: ¿es urgente que la despenalización de los delitos contra el honor tenga una aplicación general, completa en los ámbitos nacional y estatal?

1. Penalización y despenalización de los delitos en contra del honor en los ámbitos federal y estatal

A. Respuesta del legislador en el ámbito federal

El 13 de abril de 2007 se publicó el decreto por el que se derogaban diversas disposiciones del Código Penal Federal y se añadieron diversas disposiciones al Código Civil. En primer lugar, se derogaron los artículos 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362 y 363.

Se adicionaron diversos párrafos al artículo 1916, para quedar como sigue:

Artículo 1916.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, *de un hecho cierto o falso*, deter-

ejercer la facultad de investigación con respecto a los hechos relacionados con la detención y enjuiciamiento de la periodista, por constituir graves violaciones de garantías individuales. En noviembre de 2007 la SCJN concluyó que tal violación no había ocurrido (ONU, PIDCP, Caso de la periodista Lydia Cacho, Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Unidad sobre la Comunicación 2767/2016, 17 de julio de 2018).

¹⁸³ ONU, PIDCP, Caso de la periodista Lydia Cacho, *op. cit.*, párr. 9.6.

minado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación *de la rectificación o respuesta de la información* difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

De lo anterior se deduce, entonces, que si bien el legislador federal atendió la recomendación del ComitéDDHH de despenalizar los delitos contra el honor en el ámbito federal, trasladó casi de forma literal el tipo penal de difamación a la fracción I del artículo 1916 del Código Civil y, con ello, sigue sin otorgar un trato diferenciado entre el hecho que es cierto y el hecho que es falso, situación que choca frontalmente con lo señalado por la doctrina científica¹⁸⁴ y jurisprudencial, en el sentido de que, en el honor, la veracidad opera como circunstancia legitimadora de lo aseverado. Así lo formuló con toda claridad el Tribunal Supremo español, al declarar que, si la información es veraz y los hechos tienen relevancia pública, no quedan protegidos por el derecho al honor. De modo que el TCE analiza la relevancia pública y la veracidad

¹⁸⁴ H. Faúndez Ledesma, *Los límites de la libertad de expresión*, p. 442.

de la información controvertida. Incluso establece que “el requisito de la veracidad no puede, como es obvio, exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o mal intencionados que sean, sobre hechos históricos”.¹⁸⁵ En este sentido, el legislador federal lo dispone en el artículo 1916 Bis, párrafo tercero.

Ahora bien, en la fracción IV, párrafo tercero, del artículo 1916 del Código Civil Federal, se prevé el reportaje neutral. Dicha narrativa incluye, en términos generales, dos de los requisitos que la doctrina jurisprudencial del TCE considera que deben concurrir para que pueda hablarse del reportaje neutral y se exonere de responsabilidad:

- a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de las personas determinadas responsables de ellas. b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia.¹⁸⁶

De ese modo se excluye la responsabilidad en el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones o se reelabora la noticia.

Pese a los aspectos positivos de la despenalización en el ámbito federal, es conveniente que el legislador reforme el artículo 1916, fracción I, de forma que sólo prevea “de un hecho falso” y suprima el hecho cierto; en la fracción IV se recomienda eliminar el honor, porque las fracciones I, II y III ya se refieren a este derecho, por lo que no es indispensable mencionarlo nuevamente.

B. Respuesta del legislador en el ámbito de entidades federativas

Sumado a lo anterior, en el ámbito estatal no todas las entidades federativas han despenalizado los delitos contra el honor.

¹⁸⁵ STCE 43/2004, del 23 de marzo de 2004, F.J. 5.

¹⁸⁶ STCE 139/2007, del 4 de junio de 2007, F.J.11. Véase también STCE 134/1999, del 15 de julio de 1999, F.J. 4 y 1/2005, del 17 de enero de 2005, F.J.4.

Actualmente, son 21 las entidades federativas que han despenalizado los delitos contra el honor; se incluyen Sonora y Zacatecas, aunque sólo han despenalizado el tipo de difamación, pero conservan el de calumnia. La primera entidad en despenalizarlos fue Quintana Roo (2002), le siguieron el Distrito Federal (actual Ciudad de México, en 2006), Guerrero (2007), Chiapas (2007), Sinaloa (2007), Sonora (2007/difamación),¹⁸⁷ Tamaulipas (2007), Morelos (2008), Oaxaca (2009), Veracruz (2010), Puebla (2011), Querétaro (2011), Estado de México (2012), Zacatecas (2012/difamación),¹⁸⁸ Baja California (2014), Baja California Sur (2014), Coahuila (2014), San Luis Potosí (2014), Tabasco (2014), Tlaxcala (2016) y Chihuahua (2017).

Once entidades federativas no han despenalizado los tres tipos de calumnia, difamación e injurias: Aguascalientes, Campeche, Colima, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit (sólo injurias), Nueva León, Yucatán. Y dos sólo penalizan la calumnia: Sonora y Zacatecas. Esto se suma a que la punibilidad varía entre una entidad federativa y otra, incluso en el mismo tipo penal, como se desprende de los siguientes 13 grupos a partir del parámetro que van de menor a mayor punibilidad:

- Prisión de 15 días a un año: Jalisco (difamación).
- Prisión de tres días a dos años: Yucatán (difamación).
- Prisión de tres meses a seis meses: Durango (injurias).
- Prisión de tres meses a un año: Campeche (calumnia), Nayarit (injurias).
- Prisión de tres meses a dos años: Hidalgo (difamación y calumnia) y Nayarit (difamación).
- Prisión de seis meses a dos años: Guanajuato (difamación y calumnia), Nayarit (calumnia), Yucatán (calumnia).
- Prisión de tres meses a tres años: Durango (injurias).
- Prisión de seis meses a tres años: Nuevo León (difamación).
- Prisión de tres días a cinco años: Sonora (calumnia).
- Prisión de tres meses a cinco años: Zacatecas (calumnia).
- Prisión de dos a cinco años: Colima (calumnia).

¹⁸⁷ Sonora sigue penalizando la calumnia, art. 284.

¹⁸⁸ Zacatecas tiene penalizada la calumnia, art. 274.

- Prisión de dos a seis años: Nuevo León (calumnia).
- Prisión de tres a cinco años: Michoacán (ataques al honor).

Cabe precisar que, con punibilidades tan diversas como las apuntadas, se habilita que se actualicen respuestas para el mismo hecho, con consecuencias abismalmente distintas dependiendo de la entidad federativa. Ello es contrario a las libertades informativas, porque coincide en que el simple hecho de que haya una posibilidad “de ser privado de la libertad por ejercer tu derecho, puede generar un efecto de amedrentamiento para no hablar de ciertos temas”.¹⁸⁹

La situación anterior se agrava, porque aunque son menos las entidades federativas que lo penalizan, la mayoría de éstas aplica el principio de extraterritorialidad, sin establecer que los hechos delictivos tengan ese mismo carácter en la entidad que se ejecutan y en el estado que lo tiene tipificado¹⁹⁰ —salvo Yucatán, Campeche y Zacatecas—¹⁹¹. Ello permite que los particulares puedan denunciar en estas entidades, aun cuando en la entidad en la que se ejecutó no tenga ese carácter, principalmente porque pueden

¹⁸⁹ Erendida Aquino, “Difamación, antimemes y los delitos contra la libertad de expresión que siguen vigentes en México”, *Animal Político*.

¹⁹⁰ Por ejemplo, Colima en su Código Penal, artículo 14, prevé que el principio de aplicación extraterritorial de la ley penal establece que este código se aplicará, asimismo, por los delitos cometidos en otra entidad federativa cuando: I) produzcan efectos dentro del territorio del estado de Colima; II) sean permanentes o continuados y se sigan cometiendo en el territorio del estado de Colima. Durango, en el artículo 8o. de su Código Penal, dispone los dos supuestos de Colima, además de II, por los delitos cuya ejecución se inicie fuera del territorio del estado, si se consuma dentro del mismo. Hidalgo en su Código Penal, artículo 5o., establece que este código se aplicará cuando el resultado del delito se produzca en el territorio del estado, aunque aquel se haya iniciado fuera de él. Igualmente, cuando a efectos del delito se produzca en el territorio del estado, aunque se haya cometido en otra entidad federativa, siempre que en ésta no se haya ejercitado la acción penal por el mismo hecho, etcétera.

¹⁹¹ Yucatán en su Código Penal lo dispone en el artículo 1o., párrafo II: se aplicará el principio de extraterritorialidad, en delitos iniciados, preparados o cometidos fuera del estado, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio del mismo, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) [...] b) *que la infracción sea considerada delictuosa en el lugar de su comisión y en el Estado*. En el mismo sentido, se establece en Campeche en el artículo 11.1 de su Código Penal y en Zacatecas en el artículo 2o. de su Código Penal.

esgrimir que produce efectos en estas entidades, máxime con la convergencia mediática que potencializa los alcances y hace posible la difusión vía internet y en redes sociales de medios de comunicación clásicos o de páginas y sitios web, cuyos contenidos se difunden con facilidad en estas entidades federativas. Por consiguiente, el principio de extraterritorialidad impide el principio de previsibilidad y coloca a cualquier persona que ejerza las libertades informativas en una situación de inseguridad jurídica y afecta la libertad de expresión en sentido amplio, al inhibir a los periodistas o a los defensores de derechos humanos, lo que produce autocensura.

Aunado lo anterior, se constató la existencia de conceptos ambiguos que suponen una restricción indebida de la libertad de expresión en sentido amplio, en la que de ningún modo se prevé la tipificación sólo para los ataques más graves. Por ejemplo, en Durango el tipo de injurias contiene conceptos ambiguos, tal como se desprende de su literalidad: “a quien fuera de una contienda de obra y palabra con ánimo de ofender ejecute una acción o profiera una expresión que por su naturaleza, ocasión o circunstancia, *pueda perjudicar* la reputación del agraviado”. Concretamente, la voz “pueda” en efecto permite privar de la libertad a la persona por sólo una posibilidad y no por una conducta que necesariamente cause un daño efectivo y en la que tampoco se considera si se hizo con el propósito de causar perjuicio. Por esta razón es contrario al fin del principio de legalidad, al no garantizar la seguridad jurídica de las personas en dos dimensiones distintas: “i) permitir la previsibilidad de las consecuencias de los actos propios y, por lo tanto, la planeación de la vida cotidiana y ii) proscribir la arbitrariedad de la autoridad para sancionar a las personas”.¹⁹²

Otro de los supuestos ambiguos, que estaba previsto en el Código Penal para el estado de Nayarit, acaba de resolverse por la SCJN, en la acción de inconstitucionalidad 113/2015 promovida por la CNDH, por la modificación del artículo 335 del Código Penal, en la que se declaró la invalidez de los artículos 335 y 341 en

¹⁹² SCJN, Acción de inconstitucionalidad 113/2015, promovida por la CNDH, sesión del 29 de mayo de 2018, con 10 votos a favor y uno sin voto, basado en el Problemario.

la porción normativa “ni de la calumnia”. En el caso del artículo 335, porque “la formulación normativa del tipo penal [de calumnia] resulta violatoria del derecho fundamental, dado que tiene un efecto especialmente negativo sobre el ejercicio de la libertad de expresión”.¹⁹³

Sumado a lo anterior, el artículo 341 del Código Penal de Nayarit no permitía valorar los criterios del interés público y reportaje neutral como excluyente de responsabilidad, al disponer que “no servirá de excusa de la difamación, “ni de la calumnia”, que el hecho imputado sea notorio, o que el responsable no haya hecho más que reproducir lo ya publicado en la república o en otro país”, lo que hace patente que

no satisfaga el requisito de necesidad en una sociedad democrática. La restricción no está adecuadamente orientada a satisfacer los intereses públicos imperativos que se pretenden proteger y entre las opciones para alcanzar el objetivo mencionado, la restricción en análisis está muy lejos de ser la que restringe en menor escala el derecho a la información. Por el contrario, la medida desborda al interés que la justifica y no es conducente a obtener el logro de ese legítimo objetivo, sino que interfiere de manera sobre inclusiva en el efectivo ejercicio del derecho [a la información].¹⁹⁴

Frente a estas arenas movedizas en las que nos encontramos, la respuesta a la interrogante planteada al iniciar el tema 4.2 es, definitivamente, la urgente e indispensable despenalización de los delitos contra el honor en todas las entidades federativas. Para afirmarlo tomo en cuenta que el derecho penal es el más restrictivo; existen conceptos ambiguos, concurre la falta de claridad de los jueces respecto a los requisitos de interés público y veracidad en el ámbito interno e interamericano, los tipos penales no están previstos sólo para los ataques más graves y el criterio de extraterritorialidad vulnera el principio de previsibilidad. En consecuencia, es la suma de todos estos elementos lo que invierte la relación entre el derecho a la libertad de expresión y su restricción, y lleva

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ *Idem.*

a anular la libertad de expresión en sentido amplio, lo cual es contrario a los estándares interamericanos y del sistema universal desarrollado en los temas 4.1.2 y 4.1.1, respectivamente.

En este marco y con la reforma de junio de 2011, el legislador estatal está incumpliendo su obligación de armonización de la legislación secundaria a los estándares internacionales, principalmente el primer proceso de armonización legislativa, que

impone un deber de depuración de leyes existentes —por vía legislativa—, aquellas normas que entran en contradicción con las normas de derechos humanos. En concreto se trata de una abrogación o derogación de disposiciones legislativas inconstitucionales o inconventionales por causas supervinientes.¹⁹⁵

Asimismo, se recomienda que el legislador en el Código Penal Nacional derogue los delitos contra el honor y la fama pública; sin embargo, hasta donde llega nuestro conocimiento, el proyecto de este código, elaborado por el Inacipe, establece los tipos penales de difamación y calumnias, en los artículos 221 y 222, respectivamente; luego, esto iría en contra de la depuración legislativa que para Salazar “significa que todas las autoridades legislativas —federales y locales— están obligadas a crear leyes: a) que no contradigan lo que señala el bloque de derechos humanos; b) que desarrollen los derechos y las garantías de éstos”,¹⁹⁶ pues no respeta el principio de intervención mínima del derecho penal y olvida, como mencioné líneas arriba, que para el CDDHH, la CorteIDH y la CIDH el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para las libertades informativas, que va en contra de los estándares internacionales y por lo mismo es inconventional.

Así, con la despenalización de los delitos contra el honor con una aplicación general, completa en los ámbitos nacional y estatal, el legislador contribuirá a mantener el disfrute de las libertades informativas en México y frenar cualquier posibilidad de autocensura, que conduzca a la renuncia “por temor a ejercer su

¹⁹⁵ Pedro Salazar (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, p. 134.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 135.

derecho a la libertad de expresión del modo desenvuelto que es propio de una democracia consolidada”.¹⁹⁷

Ahora bien, la propuesta de despenalización de delitos contra el honor en general —y el necesario fortalecimiento de la vía civil en el sentido de fijar reglas claras para evitar montos desproporcionados en las indemnizaciones de los órganos de la jurisdicción civil— me lleva a verificar la regulación del derecho de réplica en México, como una vía idónea para la protección del derecho al honor y menos restrictiva para la libertad de expresión en sentido amplio.

III. DERECHO DE RÉPLICA

Por primera vez, el 12 de noviembre de 2007, en la CPEUM se incorporó expresamente el derecho de réplica, artículo 6o. Cabe aclarar que no es que el derecho de réplica fuera inexistente anteriormente, sino que faltaba su reconocimiento expreso. Empero, para que se reglamentara tuvieron que pasar casi ocho años; así, el 4 de noviembre de 2015 se expide la ley reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero, de la CPEUM, en materia de derecho de réplica (en adelante Ley reglamentaria del derecho de réplica).

Es necesario hacer notar que la reglamentación del derecho de réplica fue un paso importante; sin embargo, contenía diversas porciones normativas inconstitucionales que resolvió la SCJN en las acciones de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015. Puede decirse, entonces, que el poder judicial tiene una labor significativa en el proceso de armonización legislativa, al extremo de contribuir a garantizar el derecho a la réplica, a mantener una vía de reparación frente a la vulneración del derecho al honor por informaciones inexactas, y a asegurar el requisito de veracidad de la información.

En este apartado se explica qué se entiende por derecho de réplica y la crítica a la falta de correspondencia entre el nombre y el contenido del derecho, quiénes son los titulares y los sujetos

¹⁹⁷ SCJN, Acción de inconstitucionalidad 113/2015, *op. cit.*

obligados, el plazo para ejercerlo, los requisitos, la procedencia, el procedimiento judicial y la resolución, todo a la luz de la acción de inconstitucionalidad 22/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015.¹⁹⁸

1. Definición

Se entiende por derecho de réplica el derecho de toda persona a que se publiquen o difundan las aclaraciones respecto a datos o informaciones transmitidas por los sujetos obligados, frente a hechos que le aludan, que sean inexactos o falsos, cuya divulgación le *cause agravio*: político, económico, en su honor, vida privada o imagen.¹⁹⁹ En esta definición, la expresión “derecho de réplica” no corresponde al contenido del derecho, porque este último se refiere a rectificar, es decir, a “contradecir algo que se considera inexacto”²⁰⁰ y no a la réplica, que es “contestar a una respuesta”²⁰¹ o argumento.

Aun así, el problema no se centra únicamente en que el nombre del derecho no concuerde con el contenido, sino en que se reducen los derechos de rectificación y réplica a uno solo: el derecho de rectificación, más cuando en la Ley de Delitos de Imprenta publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de abril de 1917, artículo 27, se reconoce tanto el derecho de réplica como el de rectificación, al establecer:

Los periódicos tendrán la obligación de publicar *gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades, empleados o particulares* quieren dar a las alusiones que se les hagan en los artículos editoriales, párrafos, reportazgo o entrevistas, siempre que la respuesta se dé dentro de los ocho días siguientes a la publicación que no sea

¹⁹⁸ Acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, de la décima época, sustentada por el pleno de la SCJN, localizable con el número de registro 27879.

¹⁹⁹ Artículo 2o., fracción II, de la Ley reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero, de la CPEUM, en materia de derecho de réplica.

²⁰⁰ María Moliner, *Diccionario de uso del español*, p. 886.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 927.

mayor su extensión del triple de párrafo o artículo que contenga la alusión que se contesta, tratándose de autoridades, o del doble, tratándose de particulares.

En cambio, en el sistema interamericano, el nombre “derecho de rectificación” sí corresponde a su contenido, al establecer en el artículo 14 de la CADH que podrá ejercer el derecho de rectificación, toda persona afectada por “informaciones inexactas o agraviantes” emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados.

Pese a que en la definición del derecho de réplica hay una reducción, en la Ley reglamentaria de este derecho, en algunas de sus disposiciones, se incluye como parte de su contenido la rectificación o respuesta, por ejemplo, en el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley reglamentaria en cuestión.

2. Titulares del derecho de réplica

Son titulares del derecho de réplica: la persona física o moral; los partidos políticos, los precandidatos y los candidatos a puestos de elección popular, debidamente registrados ante instancias electorales.²⁰²

Ahora bien, en caso de que la persona física se encuentre imposibilitada, el derecho lo puede ejercer el o la cónyuge, concubina, conviviente o parientes consanguíneos. Por su parte, las personas morales lo ejercerán a través de sus representantes legales.

Aunado a lo anterior, la SCJN, en la acción de inconstitucionalidad 22/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, declaró la inconstitucionalidad del artículo 3o., párrafo segundo, en la porción normativa “en materia electoral, el derecho de réplica sólo podrá ser ejercido por el afectado”, al ser limitativa, principalmente, porque permitir que “persona distinta al aludido pueda aclarar la información que se aduce inexacta garantiza que las versiones relevantes serán publicadas y que, por lo tanto”, las personas conozcamos la ve-

²⁰² Artículo 3o. de la Ley Reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero, de la CPEUM, en materia de derecho de réplica.

racidad de los hechos difundidos.²⁰³ En consecuencia, no se advierte razonabilidad detrás de excluir a los precandidatos o candidatos del ejercicio del derecho de réplica mediante un sujeto legitimado en los casos previstos.²⁰⁴

3. *Sujetos obligados*

La Ley reglamentaria del derecho de réplica establece, en su artículo 4o., como sujetos obligados a:

- a) los medios de comunicación,²⁰⁵
- b) las agencias de noticias,²⁰⁶
- c) los productores independientes,²⁰⁷
- d) cualquier otro emisor de información responsable del contenido original.

Respecto al último sujeto obligado, en la acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015 se planteó la invalidez del artículo 4o., párrafo primero, porque no precisa quiénes tienen el carácter de emisor de información, lo que a decir de la CNDH genera incertidumbre e inseguridad

²⁰³ Acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, *op. cit.*, p. 53.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 54.

²⁰⁵ Es la persona, física o moral, que presta servicios de radiodifusión, servicios de televisión o audio restringidos; o que de manera impresa y/o electrónica difunde masivamente ideas, pensamientos, opiniones, creencias e informaciones de toda índole y que opera con sujeción a las disposiciones legales aplicables (artículo 2o., fracción III, de la Ley reglamentaria del derecho de réplica).

²⁰⁶ Empresa o institución que obtiene información, materiales editoriales o fotográficos, para venderlos o ponerlos a disposición de los medios de comunicación, mediante acuerdo o contrato. Es la persona, física o moral, que genere y sea responsable de producir contenidos que sean publicados o transmitidos por los medios de comunicación (artículo 2o., fracción I, de la Ley reglamentaria del derecho de réplica).

²⁰⁷ Es la persona, física o moral, que genere y sea responsable de producir contenidos que sean publicados o transmitidos por los medios de comunicación (artículo 2o., fracción IV, de la Ley reglamentaria del derecho de réplica).

de quiénes podrían considerarse sujetos obligados, al extremo de que:

podría arribarse a la conclusión de que todas las personas que difundan información, con independencia del “medio” o el “canal” en que difundan, puedan ser consideradas como sujetos obligados. Se afirma en la demanda que tal situación de incertidumbre podría inhibir o restringir el flujo de información, puesto que las personas se podrían ver desalentadas a emitir opiniones o difundir información—inclusive en redes sociales— ante la mera posibilidad de que se les considere como sujetos obligados y, en consecuencia, se les exija publicar la réplica en un espacio personal.²⁰⁸

Sin embargo, la SCJN resolvió declarar la constitucionalidad de la porción “cualquier otro emisor de información responsable del contenido original”, porque esta indeterminación permite una aplicación a casos “novedosos”; aun así, señaló que sólo podrá y debe ser considerado “como emisor responsable” aquella persona física o moral que “genere o difunda masivamente información”.²⁰⁹ Frente a las dos posturas, la de la CNDH y la de la SCJN, en mi opinión, el criterio de la SCJN permite que se obligue a personas físicas o morales que tienen medios de comunicación digitales—páginas web y sitios web—²¹⁰ que difunden y generan contenidos, además de aquellas que generan o difunden contenidos basados principalmente en hechos, por ejemplo Cultura Colectiva, blogs—visitas—²¹¹ y las redes sociales como Facebook—por el número de veces compartidas y reacciones—, Twitter—por el número de retuits y respuestas— y YouTube—el número de reproducciones y reacciones—. En los blogs y las redes sociales la generación y difusión masiva de información se puede demostrar con el número de visitas, reproducciones y reacciones.

²⁰⁸ Acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 37.

²¹⁰ Principalmente, porque las dependencias y diversos medios de comunicación tradicionales tienen páginas web. Igualmente, existen medios digitales, por citar un caso: *Medio Digital Semanario Playa News* de Quintana Roo.

²¹¹ Debido a que varios periodistas tienen un blog.

Comparto el criterio de la corte, porque, desde mi perspectiva, las personas físicas o morales que difunden información —hechos— a través de medios de comunicación digitales —páginas webs y sitios webs—, un blog o que publican en redes sociales deben cumplir con el requisito de veracidad e incluso con la publicación de réplica, sin que ello, en principio, implique aplicarles las sanciones contenidas en los artículos 38, 39 y 40 de la Ley reglamentaria del derecho de réplica, como en el caso de los primeros tres sujetos obligados, es decir, los medios de comunicación, los operadores independientes y las agencias de noticias. Frente a ello, es indispensable que el legislador reforme los artículos 38, 39 y 40 e incluya a los medios de comunicación digitales como sujetos obligados expresamente. En este sentido, Arellano apunta que la Corte Suprema, en el asunto *Obsidian Finance Group, LLC vs. Cox*, mencionó que los blogs pueden ser considerados medios de comunicación.²¹²

Además, cabe resaltar que la Ley reglamentaria del derecho de réplica contiene una disposición jurídica que contribuye a fomentar la interculturalidad, al disponer —artículo 3o., párrafo cuarto— que cuando la réplica se ejerza frente a los medios de comunicación operados o administrados por los pueblos y comunidades indígenas, el procedimiento se seguirá de conformidad con las condiciones que determinen sus propias formas de organización.

4. Plazo para ejercer el derecho de réplica

En la Ley reglamentaria del derecho de réplica, del 4 de noviembre de 2015, artículo 10, segundo párrafo, se establecía un plazo no mayor de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la publicación.

Sin embargo, con motivo de la acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, la SCJN declaró

²¹² Wilma Arellano Toledo y Rodrigo Cetina Presuel, “El derecho a la información en México y EE.UU. Desarrollo normativo y jurisprudencial”, 2015, p. 164.

inválido el artículo 10, párrafo segundo, de la Ley reglamentaria del derecho de réplica, la porción normativa, que se indicó arriba. Esto se debe a que la suma de los dos elementos —el plazo de cinco días y el hecho de que comience a correr a partir del día siguiente de la publicación o transmisión de la información— generaba una norma desproporcionada.

Por ello la SCJN consideró que el legislador debía “cuidar mantener un balance entre el derecho a la seguridad jurídica de los medios de comunicación y, por otro, la real oportunidad de los sujetos afectados de ejercer el derecho de réplica en los plazos que resulten realistas y proporcionales. La norma vigente no logra este balance”.²¹³

Por esta razón, el legislador, cumpliendo con su obligación armonizadora, reformó el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley reglamentaria del derecho de réplica, que quedó como sigue:

Cuando no se actualice el supuesto previsto en el párrafo anterior, la persona que desee ejercer el derecho de réplica deberá presentar ante el sujeto obligado, *en el plazo no mayor a quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la publicación o transmisión de la información que se desea rectificar o responder*.²¹⁴

5. Casos en los que no procede la publicación o transmisión de la réplica

Después de la ejecutoria de la acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, de los ocho casos previstos en el artículo 19 de la Ley reglamentaria del derecho de réplica, pasaron a ser seis en los que no procede la publicación o transmisión de la réplica; los otros dos fueron declarados inconstitucionales.

²¹³ *Ibid.*, p. 112.

²¹⁴ Decreto por el que se reforma el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero, de la CPEUM, en materia de derecho de réplica, *Diario Oficial de la Federación* del 30 de mayo de 2018.

En efecto, los casos en los que no procede la publicación o transmisión de la réplica, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley reglamentaria del derecho de réplica, son:

- I. Cuando se trate de transmisiones en vivo y la réplica ya se haya realizado.
- II. Cuando no se ejerza en los plazos y términos previstos en la Ley.
- III. Cuando no se limite a la aclaración de los datos o información que aluda a la persona, que sea inexacta y falsa y cuya difusión le ocasione un agravio.
- VI. Cuando la información previamente haya sido aclarada, siempre y cuando se le otorgue la misma relevancia que la que le dio origen.
- VII. Cuando la réplica verse sobre información oficial que en forma verbal o escrita emita cualquier servidor público y que haya sido difundida por una agencia de noticias o medio de comunicación.
- VIII. Cuando la información publicada o transmitida por el medio de comunicación provenga de una agencia de noticias y se haya citado a dicha agencia.

Como declara la SCJN, los dos supuestos normativos inconstitucionales del precepto anterior son: iv. “cuando sea ofensiva” o contraria a las leyes; v. cuando la persona no tenga “interés jurídico” en la información controvertida. El primero, desde la perspectiva de que la expresión “cuando sea ofensiva” es un parámetro subjetivo que deja a juicio del sujeto obligado la determinación de qué información o expresiones se consideran ofensivas, sin que exista ningún parámetro objetivo que le permita orientar su decisión. Respecto a la parte normativa, “contrario a las leyes” también resulta inconstitucional, puesto que la verificación de si cierto contenido resulta o no contrario a una ley requiere de un conocimiento técnico que no puede exigirse a los sujetos obligados, sobre todo cuando una interpretación incorrecta de la ley tendría como efecto que el interesado no pueda ejercer de inmediato un derecho constitucional, al tiempo de acudir a un órgano jurisdiccional

para revertir la interpretación del sujeto obligado.²¹⁵ El segundo supuesto es inconstitucional, a juicio de la SCJN, porque deja al arbitrio de los sujetos obligados determinar si una persona goza o no de interés jurídico o legítimo, con lo cual concuerdo.

6. Procedimiento judicial y requisitos

A. Competencia

Serán competentes para conocer los procedimientos judiciales que se promuevan en torno al ejercicio del derecho de réplica los tribunales de la federación, concretamente, en razón al territorio, el juez de distrito del lugar que corresponda al domicilio en que resida la parte solicitante; en caso de que no resida un juez de distrito, tendrán la facultad los jueces de primera instancia dentro de cuya jurisdicción radique el sujeto obligado.

B. Procedimiento

El procedimiento judicial en materia de derecho de réplica se inicia a petición de parte. La solicitud de inicio del procedimiento deberá presentarse dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la fecha en que la parte legitimada debió haber recibido la notificación; en el caso de que no la hubiera recibido o cuando no estuviere de acuerdo con el contenido de la réplica, en la fecha en la que el sujeto obligado debió haber publicado o transmitido la aclaración correspondiente.²¹⁶

*Requisitos y pruebas de la solicitud de inicio del procedimiento:*²¹⁷

- Nombre y domicilio de la parte solicitante o de quien promueva en su nombre.
- Domicilio para oír o recibir notificaciones.

²¹⁵ Acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

²¹⁶ Artículo 24 de la Ley reglamentaria del derecho de réplica.

²¹⁷ Artículo 25 de la Ley reglamentaria del derecho de réplica.

- Nombre y domicilio de la parte demandada.
- Descripción de la información, programa o publicación materia del derecho de réplica.
- Pretensión que se deduzca en el procedimiento judicial en materia del derecho de réplica.
- Relación sucinta de los hechos que fundamentan su petición.
- Las pruebas que acrediten la existencia de la información que hubiere sido difundida por un medio de comunicación, agencia de noticias, operador independiente, y las que demuestren la falsedad o inexactitud de la información publicada.
- Las consideraciones de derecho que estime pertinentes y necesarias.
- La firma del solicitante.

La SCJN, en el séptimo requisito, declaró inválida la parte normativa “o las que demuestren el perjuicio que dicha información le hubiere ocasionado”, dado que ninguna de las dos posibles lecturas de esta porción normativa resulta conforme al alcance constitucional que la SCJN ha conferido al derecho de réplica:

la primera exige probar la falsedad o inexactitud de la información publicada, y también el perjuicio que dicha información le hubiere ocasionado al solicitante. La segunda confiere una opción al solicitante de probar disyuntivamente: a) la falsedad o inexactitud de la información publicada, o b) el perjuicio que dicha información le hubiere ocasionado.²¹⁸

Una vez admitida la solicitud, el juez emplazará de manera inmediata al sujeto obligado, para que dentro del plazo “de cuatro días hábiles” antes de que surta efecto el emplazamiento, conteste su escrito, y haga valer sus excepciones y defensas. “Dentro de los dos días hábiles siguientes” a la contestación de la demanda, el juez citará a las partes a audiencia de desahogo de pruebas y alegatos, en la cual podrá dictar sentencia o, en su caso, dentro de las 24 horas siguientes.

²¹⁸ Acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, *op. cit.*, p. 28.

En definitiva, el derecho de réplica es un mecanismo garante de la libertad de expresión en sentido amplio, que permite garantizar el derecho al honor, dado que sus plazos son razonables para el solicitante y los sujetos obligados. La celeridad del procedimiento permite que las mismas personas que leyeron, escucharon o vieron el contenido de la información inexacta puedan conocer la réplica. No obstante, es pertinente que el legislador o el Poder Judicial, en el cumplimiento de su obligación de armonización legislativa, reconozca expresamente que el derecho de réplica protege la rectificación y la respuesta; en los sujetos obligados, expresamente, se incluyen los medios de comunicación digitales, y además se valora si los blogueros, youtubers y tuiteros, cuando difunden contenidos basados en hechos, tienen la obligación de cumplir con el requisito de veracidad y publicar la réplica, ser o no sujetos a sanciones.

En los capítulos anteriores de este libro se exponen, a grandes rasgos, los retos y las propuestas en el ámbito normativo para asegurar los derechos de los periodistas, que conduzcan a la protección y garantía del ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información, para que, en un futuro próximo, México sea un país que tenga un marco normativo con las mayores garantías jurídicas, con instituciones eficaces y mecanismos con recursos personales y económicos, que garanticen que los periodistas puedan llevar a cabo su actividad en libertad, con seguridad y sin autocensura.