

ALGO SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

I

La libertad de expresión es un derecho fundamental especial. Al menos eso parece si nos atenemos a la ingente literatura dedicada al tema. Si aceptamos esta premisa, entonces, tenemos que la libertad de expresión sería un derecho especial desde dos puntos de vista y, al menos, por dos razones distintas. Veamos.

Desde el punto de vista de la historia del pensamiento político, la prueba de su carácter especial reside en lo que ya hemos adelantado: esta libertad ha sido uno de los argumentos preferidos de los autores liberales más destacados a lo largo de muchos siglos. Y, desde el punto de vista de la historia de las instituciones políticas, se trata de un derecho que, al afirmarse, ha sentado las bases para transformaciones institucionales de gran envergadura. De hecho, esto último ayuda a entender las dos razones que confirman la particularidad del derecho que nos ocupa: se trata, por un lado, de un derecho que tiene un valor en sí mismo en virtud de los bienes que encarna y, por el otro, se trata de un derecho que tiene un valor instrumental en la medida en que su garantía efectiva es una condición del Estado democrático constitucional. En efecto, la libertad de expresión —el ejercicio de la misma— tiene un “valor en sí” y, también, un “valor para” en la medida en que es un cimiento basilar para la edificación de un régimen democrático. Esto último se explica porque sólo la garantía efectiva de la libertad de expresión permite la recreación constante

de un debate “desinhibido, robusto y abierto” —para usar las palabras expresadas en 1964 por el *justice* norteamericano Brennan— que, como es bien sabido, es indispensable para la consolidación de la convivencia democrática.

Nuestro propósito en este apartado del trabajo no es reconstruir el desarrollo histórico de la libertad de expresión, sino ofrecer algunas coordenadas conceptuales que permiten ubicar de qué tipo de libertad se trata, cuál es su vinculación con otras libertades y derechos, en dónde se encuentran sus vinculaciones con determinadas formas de organizar la convivencia social y política y, en su caso, cuáles podrían ser algunos de los límites legítimos a dicha libertad. Para lograrlo echaremos mano de algunas tesis de autores clásicos y contemporáneos y haremos referencia a momentos y situaciones en los que la dimensión institucional de la libertad de expresión ha sido particularmente relevante, pero ello sólo con la finalidad que nos hemos propuesto: reconstruir las coordenadas conceptuales que delimitan nuestro objeto de estudio. Al final, ofreceremos algunas reflexiones específicamente orientadas a desentrañar cuándo y en qué circunstancias resulta legítimo imponer límites a este derecho especial.

II

Norberto Bobbio ubica a las siguientes libertades dentro del conjunto de lo que él mismo llama “las cuatro grandes libertades de los modernos”: la libertad personal, la libertad de pensamiento, la libertad de asociación y la libertad de reunión.¹ Todas estas son libertades conocidas como “libertades negativas” que, para estar garantizadas, implican limitaciones y vínculos al poder.² En concreto, las libertades así entendidas suponen que ningún

¹ *Cfr.*, entre otros, Bobbio, N., *Teoria generale della politica*, Turín, Einaudi, 1999, p. 304.

² La palabra libertad es inevitablemente un término ambiguo. Un intento por disolver esta ambigüedad se encuentra en *ibidem*, pp. 64-68.

poder debe interferir u obligar a una persona para que no realice lo que se propone o tenga que llevar a cabo lo que no desea. La libertad “negativa” es la libertad de teóricos como Locke, Montesquieu, Constant, Stuart Mill, Tocqueville y Smith, por citar algunos autores clásicos importantes. Se trata de una libertad que busca remover los impedimentos y las constricciones a la acción individual. Bovero —quien recientemente ha cuestionado la pertinencia de utilizar este adjetivo—³ ha explicado esta concepción de la libertad de la siguiente manera:

El sujeto recibe normas (órdenes, prohibiciones, constricciones, impedimentos) del colectivo al que pertenece pero dichas normas no abarcan todas y cada una de las esferas de su comportamiento: por lo tanto los individuos serán más o menos libres dependiendo de la amplitud de la esfera de comportamientos no regulados por las normas colectivas.⁴

La libertad individual será más grande en la medida en que sea más amplia el área de no-interferencia del poder (en principio) político. Desde la perspectiva de la libertad de expresión diríamos que somos libres en la medida en la que podemos expresar nuestras ideas, sentimientos, emociones, etcétera, sin que el poder político nos impida hacerlo, pero también en la medida en que nadie nos obligue a expresar algo, una idea, una emoción, un sentimiento, etcétera, que no deseamos manifestar.

Para delinear esta libertad es necesario establecer una frontera entre el área de la vida privada y la que corresponde a la esfera pública. Tanto el liberalismo político como el liberalismo económico han concentrado durante siglos sus energías en construir esta barrera porque la “magnitud” de la libertad individual dependerá de la amplitud de los comportamientos permitidos (no

³ Cfr. Bovero, *Quale libertà?*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁴ Bobbio, N., *Teoria generale della politica*, cit., nota 1, p. 80.

prohibidos, no obligatorios) por las normas colectivas.⁵ En este sentido, las libertades negativas se oponen al gobierno absoluto, discrecional o arbitrario y también al Estado máximo. Desde esta perspectiva muy general, como puede deducirse de estas afirmaciones, lo que caracteriza al pensamiento liberal es el imperativo de reducir los poderes y funciones de la autoridad “estatal” para aumentar el espacio de las libertades. En efecto, históricamente, en un primer momento el pensamiento liberal —promotor incansable de las libertades negativas— apuntó sus dardos únicamente contra los poderes públicos, contra el Estado.

Sin embargo, si observamos con atención, la regla también puede aplicarse a los poderes “privados”. Después de todo, lo que se busca es imponer limitaciones al poder en general que —como nos enseñó Max Weber— puede entenderse, en un sentido amplio, como la capacidad de provocar que alguien (algunos) haga(n) lo que no deseaba(n) hacer o deje(n) de hacer lo que quería(n) llevar a cabo. Si recordamos que, como advierte Bovero, una persona es más o menos libre con relación a otra en la medida en la que ésta última tiene mayor o menor poder sobre la primera —A es libre con relación a B en la medida en la que B no tiene poder sobre A y así sucesivamente—, entonces, la regla vale tanto para el poder público como para el poder de carácter privado.⁶ Esto es así, simple y llanamente, porque el Estado no es el único violador potencial de las libertades fundamentales: las eventuales invasiones de la esfera de libertad individual también pueden ser provocadas por acciones de actores no estatales. Esto vale tanto para poderes delincuenciales, como una banda de secuestradores que pueden privarnos de la libertad personal, como para una gran corporación

⁵ Isaiah Berlin sostiene que la libertad negativa responde a la pregunta: ¿Cuál es el área dentro de la cual se deja o se debería dejar al sujeto —a una persona o a un grupo de personas— la libertad de hacer o de ser aquello que es capaz de hacer o de ser, sin interferencia de otras personas? Berlin, I., “Two concepts of Liberty”, *Two Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, p. 12.

⁶ Cfr. Bovero, M., *Gramatica della democrazia. Contro il governo dei peggiori*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

de medios de comunicación que puede asfixiar nuestra libertad de expresión, por ejemplo, a través de un monopolio (o duopolio) mediático.

Por lo mismo, la esfera de libertad debe ser protegida tanto de las intervenciones estatales (del poder político) como de las que pueden llevar a cabo actores privados (de los poderes económicos: grandes medios de comunicación, empresas multinacionales, grupos delincuenciales, etcétera). Esto, como veremos más adelante, es particularmente interesante para el tema de la libertad de expresión, porque implica que el Estado —que históricamente ha sido considerado el principal violador potencial de las libertades—, en una paradoja aparente, si bien debe estar limitado en sus poderes (para evitar que viole los derechos en mérito), al mismo tiempo, debe ser capaz de proteger los derechos de libertad de la persona “x” ante el poder del agente privado (individual o colectivo) “z” y, para lograrlo, debe ser capaz de utilizar sus legítimos poderes para limitar o para neutralizar a los poderes privados. De hecho, en la actualidad la libertad de expresión no sólo depende de la no intromisión del Estado en la esfera de los particulares sino que, en sociedades complejas como las nuestras, para asegurar la igual libertad de todas las personas, el Estado debe hacer algo más que sólo retirarse. Además de garantizar que particulares poderosos no vulneren dicha libertad (o la monopolicen), también debe llevar a cabo acciones concretas para que ésta se encuentre al alcance de todos: asegurar espacios públicos, medios de comunicación accesibles a toda la población, etcétera. En síntesis, en materia del derecho a la libre expresión, el Estado debe, por una parte, respetar (no intervenir), por otra, proteger (impedir que particulares violen el derecho) pero también tiene la obligación de actuar para hacer efectivo (facilitar, promover, garantizar) el derecho.

III

Antes de continuar conviene advertir un dato que quizá pasó desapercibido a los lectores: la libertad de expresión, en cuanto tal, no se encuentra contenida dentro del elenco bobbio de las libertades de los modernos. ¿Cómo es posible explicar esta omisión en la obra de uno de los pensadores democráticos más importante del siglo XX? El propio Bobbio advierte que la libertad de expresión es una consecuencia —preferimos decir, una expresión— de la libertad de pensamiento. Ello no supone que, desde un punto de vista analítico, ambas libertades deban confundirse pero sí que existe una enorme relación entre ellas. De hecho, la libertad de pensamiento carecería de sentido sin la libertad de expresión y ésta última se encontraría vacía sin la primera. Por ello, en el listado propuesto por Bobbio basta con enunciar únicamente a la primera de estas libertades: se trata, por decirlo de alguna manera, del primer eslabón de una cadena de la que también formarán parte —junto con la libertad de expresión— las libertades de prensa, de religión, ideológica, etcétera.

El pensamiento libre tiene un sentido pleno cuando se manifiesta de alguna manera, es decir, cuando se exterioriza. Es verdad que resulta posible pensar —tener ideas, convicciones, creencias, etcétera— sin hacer público nuestro pensamiento, pero ese ejercicio sólo adquiere la dimensión de una “libertad” cuando se opondrá, lógicamente, a un poder que podría restringirla. Y ello, en términos generales, sólo tiene sentido cuando las ideas pueden ser controladas porque son (o pretenden ser) externadas. En sentido estricto, sólo es sensato hablar de “límites” a la libertad de expresar determinadas ideas pero no a la libertad de pensarlas (después de todo, cada quien, en su fuero interno, normalmente piensa lo que quiere). Es así como la libertad de expresión se convierte en el complemento teórico de la libertad de pensamiento y en el segundo eslabón de una amplia cadena de libertades. De hecho, como un correlato de la libertad de expresión, también se engarza en esa cadena el derecho a la información: la dimen-

sión pasiva de la libertad de expresión que implica que las personas deben recibir toda la información necesaria para continuar expresándose libremente. Si observamos con atención se trata de una cadena “dialógica” o “deliberante” de libertades. Y en la conexión que une esos eslabones se encuentra uno de los principios fundamentales que da sustento a la democracia: la igual dignidad de las personas para ejercer su autonomía, primero, moral y, después, política. El tema es delicado, por lo que conviene detenernos a estudiarlo aunque sea de manera breve y general.

IV

En una primera aproximación es atinado sostener que el liberalismo que promueve a las libertades que nos ocupan es una teoría individualista. De hecho, sus orígenes teóricos se remontan a la obra de autores jusnaturalistas modernos como J. Locke o I. Kant. Estos autores, como es bien sabido, adoptaron el modelo contractualista para desarrollar sus teorías del Estado, un modelo que tiene como punto de partida el reconocimiento de un conjunto de derechos naturales de los que son titulares los individuos en lo particular. Esos derechos constituyen para estos autores (así como para los pensadores que siguieron sus huellas) limitaciones al poder público. Desde esta óptica, de hecho, el respeto de los derechos individuales constituye una condición de legitimidad del propio Estado. Pero lo que nos interesa subrayar es un tipo de individualismo que se puede desentrañar de estas teorías. Nos referimos a lo que se conoce como “individualismo ético” que parte del reconocimiento de los derechos naturales —y, posteriormente, positivos— de las personas como reflejos de su dignidad individual, es decir, el individualismo ético asume que todos los seres humanos son personas morales que tienen la misma dignidad y, por ello, son titulares de derechos fundamentales. En este punto, como puede observarse, existe un fuerte nexo entre una concepción de la igualdad y el reconocimiento

de los derechos (entre otros) de libertad. En el fondo, lo que nos hace titulares de derechos es que somos “igualmente dignos” para ejercer nuestras libertades, para participar en la adopción de las decisiones colectivas.

Si centramos la atención en el tema que nos ocupa, tenemos que el reconocimiento de la igual dignidad de las personas ofrece sustento a la libertad de pensamiento porque implica que cada individuo tiene una capacidad “igual” para “pensar por su cuenta”. Es decir, supone que toda persona tiene la capacidad suficiente para desarrollar ideas de manera autónoma que le permitan, entre otras cosas, proyectar un determinado plan de vida e intentar llevarlo a cabo.⁷ Esta concepción se expresa en el reconocimiento de los individuos como personas morales autónomas y, consecuentemente, en la aceptación de su igual capacidad de juicio y deliberación. En otras palabras: reconocer una misma dignidad a todos los individuos implica reconocerles la misma “autonomía intelectual y moral”. Y, por ello, esa aceptación también está detrás de la libertad de expresión: todos los individuos, en tanto personas igualmente dignas, tienen la capacidad de elaborar ideas, de tener emociones, sentimientos, etcétera, y de expresarlas de muy diferentes maneras. El constitucionalismo democrático reconoce esa capacidad y la protege mediante derechos fundamentales, en este caso, de libertad.⁸ Derechos sin los cuales el propio constitucionalismo democrático se derrumbaría.

⁷ Sobre los significados y alcances del liberalismo igualitario, *cfr.* Vázquez, R., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, 2006.

⁸ Estamos convencidos de que el catálogo de derechos fundamentales en las democracias constitucionales incluye necesariamente también un amplio conjunto de derechos sociales sin los cuales —esto es, sin su garantía efectiva— la idea misma de dignidad de las personas carece de sentido. En este trabajo no nos detenemos en este delicado y trascendente aspecto porque nuestro objetivo es desarrollar el tema de la libertad de expresión.

V

Lo anterior no supone que todas las ideas tengan el mismo valor, así como tampoco lo tienen las múltiples maneras en que dichas ideas pueden expresarse. Valgan un par de ejemplos banales para dar cuenta de lo que pretendemos afirmar.

Desde el punto de vista de la teoría contemporánea de los derechos humanos fundamentales,⁹ por ejemplo, no tienen el mismo valor una tesis que defiende el derecho a la integridad física y a la vida de todas las personas y, por lo tanto, que se opone decididamente a la pena de muerte, que una tesis que, por el contrario, promueve la tortura y la ejecución de los (presuntos o reales) delincuentes. La primera es una tesis que, al menos desde la perspectiva del constitucionalismo de los derechos, se considera valiosa y, por lo mismo, que merece ser respetada e incluso difundida; la segunda, en cambio, es una postura que debe ser combatida e idealmente derrotada. La razón de fondo tiene un contacto directo con lo que se ha sostenido en el apartado precedente: el reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos impone, en primerísimo lugar, el respeto a su integridad y a su vida; sin embargo, en una sociedad democrática es lícito que, en ejercicio de su libertad de expresión, algunos expresen su postura a favor de la segunda tesis e incluso intenten persuadir a otras personas para que la adopten. Ciertamente, como se verá más adelante, la expresión de estas ideas deberá observar ciertos límites pero, en principio, está permitida. Y ello no supone que la tortura y la pena de muerte sean ideas valiosas —no más, por lo

⁹ Estamos concientes que en la doctrina y en la práctica suelen utilizarse los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales como nociones alternativas. Nosotros en este trabajo hemos optado por combinarlas con la finalidad de dar cuenta de tres dimensiones principales de esta clase de derechos subjetivos: por un lado, su carácter fundamental en virtud de los bienes que tutelan; por otro, su pretensión de universalidad y de proyección internacional y, finalmente, su positivización en documentos internacionales y múltiples Constituciones estatales.

menos, que la tesis a favor del respeto a la integridad y a la vida de las personas— pero constituye una manifestación de la libertad de expresión.

Algo similar sucede con las formas a través de las cuales las personas solemos expresar nuestras ideas. No debemos perder de vista que no existe una sola forma de expresarnos. Por ejemplo, una cosa son las expresiones lingüísticas —discursos, proclamas, escritos, etcétera— y otra son las expresiones simbólicas —actos u acciones— que utilizamos para manifestar nuestras ideas.¹⁰ También existen diferencias relevantes en el tipo de medio a través del cual se ejerce la libertad de expresión: una diferenciación típica en nuestros días es la que existe, por ejemplo, entre los medios de expresión escrita como la prensa y los medios electrónicos de comunicación de masas. Pues bien, por muchas razones que el lector puede adivinar, no parece tener el mismo valor, por ejemplo, la manifestación de las ideas escritas expresadas en una novela de alta calidad artística, que la expresión escrita que se hace mediante un libelo plagado de insultos o indecencias. O bien, para dar cuenta de un ejemplo de expresión simbólica, no parece tener el mismo valor la manifestación de una protesta mediante un desnudo o una escultura humana, que la expresión realizada por una persona que decide sacrificar animales; sin embargo, en principio, todas esas formas de expresión se encuentran tuteladas por el derecho y, en ese sentido, son legítimas. Ello a pesar de que, con toda evidencia, unas nos puedan parecer más valiosas que otras.

En cuanto a los medios por los que se ejerce la libertad de expresión, conviene advertir que en nuestros días el reto es garantizar los canales adecuados para que dicha libertad se ejerza a plenitud. En el mundo contemporáneo, más que en ningún otro momento de la historia del hombre, la plena garantía de la liber-

¹⁰ Retomamos esta distinción de Pou, F., “El precio de disentir. El debate interno en la Corte”, en Vázquez, S. (coord.), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007, pp. 1-9. Un caso típico de expresiones simbólicas es la quema de banderas.

tad de expresión pasa por la existencia de medios adecuados y accesibles para ejercerla. Es por ello que, como recuerda Miguel Carbonell,

han sido varios los tribunales constitucionales que entienden que la libertad de expresión exige el derecho a crear medios de comunicación, en tanto que son los instrumentos necesarios para no hacer de esa libertad una mera entelequia; en consecuencia, la prohibición para poder crear esos medios violaría la libertad mencionada.¹¹

Esto tiene particular importancia cuando se reflexiona sobre el número y el tipo de medios de comunicación que deben existir en una sociedad democrática. Si nos tomamos en serio la vinculación que existe entre la libertad de expresión —y el derecho a la información que constituye su correlato—¹² con la existencia de medios plurales, abiertos y accesibles para todos (sobre todo para los más vulnerables) podremos entender que el Estado también puede ser un instrumento para ampliar la libertad de expresión (por ejemplo, fungiendo como garante del pluralismo mediático). Sobre este tema, que recuerda el papel del Estado como controlador de los poderes privados, nos detendremos más adelante.

Por ahora, más allá del contenido de los ejemplos elegidos y de las discusiones que podrían suscitar, así como de la complejidad que lleva implícito el tema de los medios en las sociedades contemporáneas, lo que buscamos evidenciar es que el valor de la libertad de expresión —por su relación con la dignidad de las personas y por ser un fundamento del constitucionalismo democrático— no implica que todas las expresiones sean igualmente valiosas. De hecho, es atinado afirmar desde ahora que existen expresiones que —por su contenido— carecen de valor o incluso

¹¹ Carbonell, M., “Notas sobre la libertad de expresión en México”, *op. cit.*, nota anterior, p. 353.

¹² La libertad de expresión, de hecho, es un derecho complejo que supone también la posibilidad de allegarse información, de recibirla por parte de otras personas y, sobre todo, de transmitirla. *Cfr: ibidem*, p. 365.

constituyen un disvalor. Ello, por supuesto, si tomamos en serio la agenda de los derechos fundamentales y del constitucionalismo democrático. De lo contrario, si no fuera posible valorar críticamente las diferentes formas de expresión y el contenido de las ideas que son expresadas, tendríamos que concluir que no es lícito imponer ningún tipo de límites o restricciones a esta importante libertad. Lo cierto es lo contrario: en determinadas circunstancias y por diferentes razones es legítimo limitar la libertad de expresión.

VI

El tema de los límites a la libertad de expresión es uno de los más complejos en el debate democrático constitucional contemporáneo. Por tratarse, como hemos intentado delinear en las páginas anteriores, de un derecho fundamental especial que tiene un valor en sí mismo y que, a la vez, tiene un valor instrumental como precondition de la democracia constitucional, podríamos pensar que se trata de un derecho ilimitado. De hecho, al ser un derecho fundamental, la libertad de expresión constituye un límite a los poderes públicos y privados. Desde esta perspectiva podría parecer absurdo limitarla: hacerlo, alguien podría sostener, supondría crear un paradójico límite-limitado. De hecho, no existe una sola posición ante este delicado tema: algunos sostienen que, para ser tal, la libertad de expresión no puede limitarse salvo en casos verdaderamente extremos y excepcionales, mientras que otros afirman que una adecuada limitación de esta libertad constituye, incluso, una precondition de la misma. Veamos de manera sucinta algunas de estas posiciones.

Una posición identificable con el liberalismo clásico —que podríamos llamar liberal extrema— rechazaría prácticamente cualquier tipo de restricciones a la libertad de expresión. Y no es una postura sin seguidores. Dentro del pensamiento liberal es posible identificar muchos autores que han sostenido como tesis principal de sus teorías que la libertad de expresión es un derecho sagrado que no puede ser objeto de limitaciones. Esta con-

cepción responde a una visión tradicional de la libertad de expresión como un derecho individual que se ejerce únicamente ante el Estado. Se trata de la concepción clásica —fraguada desde finales del siglo XVIII hasta mediados del XX— según la cual el poder público es la principal amenaza a la libertad de expresión por lo que no es lícito que el legislador imponga limitaciones a la misma. De hecho parece atinado afirmar que es la concepción que inspira a la primera enmienda de la Constitución norteamericana: “El Congreso no hará ninguna ley... que restrinja la libertad de expresión o de prensa”.

El problema de una postura liberal “extrema” como la que hemos delineado es que desconoce el carácter de “bien colectivo” o de “bien público” que tienen otros derechos fundamentales y algunas instituciones políticas (nos referimos obviamente a las de tipo democrático). Es decir, esta posición tiende a descuidar la dimensión social que tiene la propia libertad y que otorga sentido a las instituciones políticas. No debemos olvidar que el Estado no sólo es una amenaza para las libertades sino que también es la instancia responsable de garantizar que, en el ejercicio esas mismas libertades básicas, las personas no violenten los derechos de los demás y, de hecho, contribuyan a la creación, expansión y consolidación de bienes públicos. La concepción liberal extrema desconoce el daño que los propios particulares pueden inferir a las libertades y a las instituciones democráticas. Por lo mismo, para decirlo con Owen Fiss, este modelo “libertario” tradicional se equivoca al ver en el Estado sólo una amenaza constante para la libertad y rechazar de manera tajante su legitimidad para regular el ejercicio de libertades que tiene efectos de relevancia pública.¹³

Según el propio Fiss, en efecto, “el esquema tradicional descansa en la vieja idea liberal de que el Estado es el enemigo natural de la libertad de expresión (sin embargo), ahora se nos pide que imaginemos al Estado como el amigo de la libertad”.¹⁴ Esta reflexión se encuentra estrechamente relacionada con el tema de

¹³ Cfr: Fiss, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Madrid, Gedisa, 1996.

¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

los poderes privados al que ya hemos hecho referencia como potenciales violadores de derechos fundamentales. Para una posición menos radical, el Estado ha dejado de ser el único peligro para las libertades y, de hecho, se presenta como la entidad responsable de garantizar que esas libertades y los demás derechos fundamentales sean efectivamente garantizados a todas las personas. Esto supone reconocer, entre otras cosas, que sin dejar de ser un derecho de las personas, la libertad de expresión también tiene un valor social por ser —como hemos insistido— precondición de la propia democracia constitucional.

De ahí que, para esta posición liberal moderada, en ciertas circunstancias, sea legítimo imponer límites y restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. Estos límites serán bienvenidos, de hecho, en todos aquellos casos en los que el ejercicio de la propia libertad de expresión contravenga otros derechos fundamentales básicos o pueda poner en entredicho la viabilidad de las instituciones democráticas. Para decirlo con José Woldenberg, es verdad que “sin libertad de expresión todo el edificio democrático se derrumba, (porque) se trata de una piedra fundadora de la convivencia y la contienda democrática. Pero al igual que el resto de los valores positivos tiene que conjugarse con otros, porque de no suceder así también puede generar realidades indeseables”.¹⁵ Esto no supone, desde ninguna perspectiva, anular a la libertad de expresión; más bien, implica lo contrario.

De hecho, como ha sostenido el Comité de Derechos Políticos y Civiles de la ONU, cuando un Estado “considera procedente imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión éstas no deben poner en peligro ese derecho en sí mismo”. Lo que sucede es que una regulación adecuada de la libertad de expresión —imponiendo algunas restricciones a su ejercicio— puede constituir una manera de fortalecer a la libertad misma. Pensemos, por ejemplo, en algunas expresiones de odio contra personas o grupos de personas que tienen por objeto denigrar

¹⁵ Woldenberg, J., “Todo con medida”, *Reforma*, 12 de diciembre de 2007.

su dignidad. Dichas expresiones atentan contra el principio que, como hemos visto, otorga sustento a la propia libertad de expresión: la dignidad de las personas. Y, no sólo, las expresiones de odio también pueden poner en riesgo —al menos en determinadas circunstancias— al entramado institucional entero del constitucionalismo democrático que, a la vez que se sustenta en la libertad de expresión, en un círculo virtuoso, permite y garantiza su ejercicio.

Sin embargo, no es fácil determinar cuándo una determinada expresión debe considerarse como una manifestación de odio o como un dicho que causa una ofensa seria al honor de una(s) determinada(s) persona(s). Bien lo ha advertido Hart Ely: “Lo que es ofensivo a una persona no lo es para otra, y ciertamente... expresiones valiosas que han abierto los ojos al público a ultrajes que anteriormente habían aceptado, era probablemente del tipo que muchas personas habrían considerado ofensivo”.¹⁶ De ahí que el reto para los Estados que pretenden regular la libertad de expresión sea mayúsculo: por un lado deben garantizar que este derecho fundamental permanezca y, en términos generales, prevalezca; pero, por el otro, deben descartar y excluir aquellas expresiones que dañan el honor, la intimidad, la dignidad, etcétera, de algunas personas o que, en determinadas circunstancias, pueden amenazar al entramado democrático en su conjunto.

Por lo mismo, no es fácil determinar cuándo se encuentra justificado imponer límites a la libertad de expresión, y, sin embargo, ciertas limitaciones resultan pertinentes. El discurso del odio, por ejemplo, más allá de las dificultades que implica su definición y de la relatividad subjetiva de su impacto, puede ser un buen motivo para limitar la libertad de expresión cuando el mismo está dirigido en contra de personas que pertenecen a minorías o grupos vulnerables. De hecho, como sabemos, muchos Estados democráticos han considerado oportuno imponer algunas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión en ese

¹⁶ Ely, H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Colombia, Universidad de los Andes, 1997.

tipo de casos, o, al menos, facultar a las instancias jurisdiccionales para intervenir en aquellos casos en los que exista una duda fundada de que ciertas expresiones puedan causar un daño real a los derechos de terceros (sobre todo de minorías e individuos vulnerables) o, como hemos insistido, poner en peligro efectivo a las instituciones democráticas. Pero esto no es posible hacerlo *ex ante* o *a priori*: la única manera adecuada de aplicar limitaciones a la libertad de expresión, si se quiere evitar caer en la censura previa o en las actitudes amenazantes, parece ser la valoración —a partir de reglas claras previamente establecidas— de las particularidades de cada caso problemático.

Este es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema que, como ha sostenido Manuel Atienza, puede sintetizarse de la siguiente manera:

La libertad de expresión no es un derecho absoluto y, por ello, cuando entra en contradicción con otros posibles derechos o valores, es necesario proceder a una ponderación para ver cuál tiene un mayor peso, dadas las circunstancias; la libertad de expresión goza, en principio, de cierta prioridad, pero puede resultar derrotada (digamos excepcionalmente).¹⁷

Esa posición preferente de la libertad de expresión también es reconocida por diversos tribunales constitucionales como el español: “Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquella goza, en general, de una posición preferente”.¹⁸ Como puede observarse, se busca colocar a la li-

¹⁷ Atienza, M., “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, en prensa.

¹⁸ *Cfr.*: Sentencias 106/1986 y 159/1986. Citadas por Carbonell, M., “Notas sobre la libertad de expresión en México”, *op. cit.*, nota 10, p. 348. Es digno de notarse el uso del término libertad de información en lugar del de libertad de expresión. De hecho, como ya hemos advertido, dada la estrecha relación entre ambos derechos es común que se confundan (por ejemplo, nuestra constitución los coloca en el mismo artículo) pero, como bien ha señalado la

bertad de expresión en la situación prioritaria que le corresponde y, al mismo tiempo, abrir la puerta para imponer las restricciones o límites pertinentes cuando “casuísticamente” deba hacerse.

En esta segunda vertiente es más explícito —y particularmente interesante para nuestro estudio— el artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que establece lo siguiente: “Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. En este caso, se trata de establecer algunas coordenadas generales que constituyen limitaciones explícitas a la libertad de expresión y que, en su momento, podrán ser aplicadas a un caso concreto en el que la situación se materialice. En particular, nos interesa subrayar la mención expresa a las apologías del odio “que constituya(n) incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” porque supone la posibilidad de sancionar expresiones discriminatorias en los Estados democráticos. Son pocas las disposiciones expresas en este sentido y, por lo mismo, vale la pena subrayarla desde ahora.

Incluso en los Estados Unidos, la Suprema Corte ha considerado que es lícito imponer ciertos límites a la libertad de expresión cuando exista un “peligro cierto y actual” (*clear and present danger*) de que ciertas expresiones que pongan en riesgo un interés superior (*compelling interest*) del Estado (como la democracia misma). En dicho país el debate suele girar en torno de tres grandes temas complejos: la pornografía, las expresiones de odio y el financiamiento de las campañas políticas.¹⁹ Esta es una confirmación más, aunque en los Estados Unidos no existan disposiciones legales explícitas al respecto, de que los Estados democráticos

doctrina especializada, es importante mantenerlos distintos. Uno se refiere al derecho que tienen las personas de “expresar” sus ideas y el otro al derecho que corresponde a los receptores de dichas ideas a estar debidamente informados.

¹⁹ Miguel Carbonell advierte que otros dos recurrentes en el debate americano son la quema de banderas y la crítica a los funcionarios públicos. *Cfr. ibidem*, p. 371.

aceptan imponer algunas restricciones a la libertad de expresión cuando se lesionan derechos fundamentales de manera grave o en situaciones excepcionales que puedan poner en riesgo la estabilidad y la paz sociales.

El problema es que, como advierte Atienza, la imposición de esas limitaciones supone ejercicios de ponderación en cada caso concreto. Ese ejercicio normalmente es realizado por los órganos jurisdiccionales y constituye una prueba de fuego para cualquier Estado democrático porque supone poner “en una balanza”, por una parte, a la libertad de expresión y, por la otra, los otros derechos, principios e instituciones que en determinadas circunstancias pueden entrar en conflicto con la misma. Y los casos concretos nunca son fáciles.

Pensemos, por ejemplo, en la decisión de las autoridades austriacas de meter a la cárcel al historiador británico David Irving por afirmar que “los nazis no mataron a tantos judíos, ni tenían un plan para su exterminio”,²⁰ o en la legislación francesa que también castiga penalmente el negacionismo del genocidio armenio. En ambos casos, el Estado ha decidido imponer una sanción penal a quienes —en ejercicio de su libertad de expresión— niegan la existencia histórica de dos de los eventos más dramáticos y ominosos de la historia contemporánea. De hecho, en el caso del holocausto, incluso la Asamblea General de las Naciones Unidas —primero en septiembre de 2006 y después en enero de 2007— adoptó sendas resoluciones en las que se “condena sin ninguna reserva cualquier negación del holocausto”, exhortando a los Estados miembros a “rechazar cualquier negación del holocausto como evento histórico, total o parcialmente, y cualquier actividad destinada a este propósito”.²¹

²⁰ *Cfr. idem.* El caso de Irving no es el único, también han sido procesados por la misma causa, entre otros, Ernst Zündel negó la existencia de las cámaras de gas destinadas a las ejecuciones masivas de personas.

²¹ La primera es la resolución a/61/1.53. *Cfr.* Nuño, A., “Negacionismo islámico y ceguera occidental”, *Letras Libres*, mayo de 2007.

La limitación —si atendemos a la historia contemporánea— parece ser atinada y necesaria pero no está exenta de problemas: ¿cuáles son las expresiones que deben ser sancionadas?, ¿es atinado imponer sanciones de tipo penal para esta clase de excesos?, etcétera. El rechazo al negacionismo de eventos infaustos como el holocausto parece sensato y cuenta con un amplio consenso y, sin embargo, como una confirmación de que estos casos siempre son difíciles, ni siquiera en este supuesto existe acuerdo entre los estudiosos y las instancias jurisdiccionales a nivel mundial. En noviembre de 2007, por ejemplo, para sorpresa de muchos, el Tribunal Constitucional español, por una mayoría de ocho votos frente a cuatro, rechazó que la pura negación, como hecho histórico, de aquel crimen colectivo pueda ser penalmente reprochable. En virtud de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional expulsó del ordenamiento jurídico español el inciso del artículo 607.2 del Código Penal que, desde 1995, sancionaba con cárcel la difusión de ideas o doctrinas “negadoras” de los genocidios.²²

Si esto sucede con un tema tan delicado e indignante como el holocausto, es fácil imaginar los problemas que se desprenden de otros temas sensibles que involucran a grupos o colectivos específicos y particularmente sensibles (minorías religiosas, étnicas, raciales, etcétera) para los que no es fácil determinar si debe aplicarse una regla similar: ¿deberían castigarse las expresiones que niegan el exterminio en los *Gulag* del estalinismo?, ¿deben permitirse las expresiones que justifican o restan importancia al drama de la esclavitud? y así sucesivamente. Estas dificultades son patentes cuando los tribunales constitucionales tienen que enfrentar problemas concretos en los que el ejercicio de la libertad de expresión de algunos ha entrado en conflicto con los derechos de otro(s).

²² El Tribunal llegó a esta decisión al aceptar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en el proceso seguido a un editor y librero de Barcelona especializado en la venta de obras neonazis. *Cfr. Diario El País*, 2 de diciembre de 2007.

El mismo Tribunal Constitucional español, por ejemplo, hace algunos años tuvo que determinar si la publicación de unas caricaturas o “tebeos” en los que se presentaba una representación burlesca y engañosa de la historia del pueblo judío, violentaba el derecho al honor de los individuos que forman parte de ese colectivo (sentencia 176/1995). Si bien no se trataba de una negación del holocausto sí constituía una expresión plagada de escarnios contra los judíos en general. En ese caso, el Tribunal Constitucional, al constatar que la publicación de referencia —destinada, además, a un público infantil— echaba mano de un lenguaje “de odio, con una densa carga de hostilidad que incita, a veces directa y otras sublimemente, a la violencia por la vía de la vejación”, lo que entra en contradicción “abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales”, negó el amparo solicitado por los autores de las viñetas. La decisión del Tribunal Constitucional español se fundó en un ejercicio de ponderación que puso frente a frente dos derechos fundamentales recogidos en la Constitución de ese país: la libertad de expresión y el derecho al honor. En ese caso concreto la balanza se inclinó hacia el segundo de estos derechos, pero lo que nos interesa subrayar es que esa conclusión vale únicamente para ese evento y no ofrece una regla general para casos similares futuros.

En otros países europeos, por citar un ejemplo que tuvo mucha difusión internacional, durante 2006, no se consideró sancionable la publicación de unas caricaturas satíricas sobre la religión musulmana y su profeta, Mahoma. El caso fue conocido como “Las caricaturas de Mahoma”, en el que algunas personas que profesan la religión musulmana se quejaron por la publicación de determinadas viñetas que “ridiculizaban” símbolos religiosos y divinidades del Islam. Los dibujos fueron impresos y publicados por el periódico danés de derecha Jyllands-Posten como una ilustración satírica que acompañaba un artículo sobre autocensura y libertad de expresión. Las mismas caricaturas fueron posteriormente publicadas por la revista noruega *Magazinet* (de tendencia

fundamentalista cristiana) en diciembre de 2005, y por diarios alemanes y franceses en enero y febrero de 2006. Esto, según se dijo, como un acto de solidaridad con el periódico danés. Al final, en este caso, a pesar de los reclamos dentro y fuera de la Unión Europea, prevaleció la protección a la libertad de expresión de los autores de las caricaturas.

VII

En México, como ya sabemos, la Constitución contempla cuatro causales por las que es lícito limitar la libertad de expresión: los ataques a la moral, los derechos de tercero, cuando se provoque algún delito o cuando se perturbe el orden público (artículo 6o. constitucional).²³ Se trata, como bien ha advertido Jesús Orozco, de términos sumamente vagos, ambiguos e imprecisos que han dado lugar a interpretaciones diversas y que, a su vez, han provocado múltiples atropellos por parte de autoridades administrativas y jurisdiccionales.²⁴ De hecho, aun cuando hasta ahora no han sido muchos los casos en que los tribunales se han pronunciado sobre los límites a libertad de expresión, lo cierto es que en los años recientes la interpretación jurisdiccional de la disposición constitucional antes mencionada ha generado acalorados debates y múltiples críticas entre los estudiosos del derecho. Veamos dos casos emblemáticos —uno resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia y el otro por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación— en los que los jueces han tenido que pronunciarse sobre los límites a la libertad de expresión en nuestro país.

²³ A partir de 2007 la Constitución en su artículo 41 también prohíbe a los partidos políticos las expresiones que “denigren a las instituciones” o “calumnien a las personas”.

²⁴ Cfr: Orozco, J., “Libertad de expresión”, *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

1. *El caso bandera*

Yo
 me seco el orín en la bandera
 de mi país,
 ese trapo
 sobre el que se acuestan
 los perros
 y que nada representa,
 salvo tres colores
 y un águila
 que me producen
 un vómito nacionalista
 o tal vez un verso
 lopezvelardino
 de cuya influencia estoy lejos,
 yo, natural de esta tierra,
 me limpio el culo
 con la bandera
 y los invito a hacer lo mismo:
 verán a la patria
 entre la mierda
 de un poeta.²⁵

Este texto le valió a su autor una sanción penal con fundamento en lo que establece el artículo 191 del Código Penal Federal mexicano que prohíbe cualquier ultraje de manera oral o escrita a la bandera (el pabellón) o al escudo nacionales. El señor Witz, ahora conocido como “el poeta maldito”, acudió a la Suprema Corte para pedir el amparo de la justicia dado que, desde su perspectiva, ese artículo del Código Penal era violatorio de la Constitución porque contraviene los derechos fundamentales de libertad de expresión y de libertad de prensa que la propia Constitución otorga a todos los individuos (artículos 6o. y 7o. constitucionales).

²⁵ Witz Rodríguez, Sergio Hernán, “Invitación (la patria entre mierda)”, *Criterios*, núm. 44, abril de 2001.

Según Francisca Pou, se trataba de un caso fácil para lo Corte porque: a) era un caso de expresión “lingüística” (no simbólica); b) con “impacto central” sobre la expresión de ideas; c) relacionado con una regulación de contenido expresivo (el artículo 191 del CPF); d) en el que la expresión tenía un contenido netamente “político”; e) con un destinatario “no individualizado” lo que permitía evitar juicios de ponderación con otros derechos fundamentales y en el que f) además, el emisor (de la expresión) era una “persona individual”, y g) se difundió por un “conducto sumamente clásico” como es la prensa escrita.²⁶ Por todo esto, según se desprende del análisis que hace la propia Pou del caso, y que coincide con la postura de otros estudiosos como Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez, la Suprema Corte de Justicia de la Nación contaba con buenos elementos para, sin mayores complicaciones, otorgar el amparo al señor Witz declarando la inconstitucionalidad del artículo combatido.

En efecto, la doctrina especializada en materia de libertad de expresión y la experiencia internacional nos indican que “el agente idealmente típico cuya expresión se decide proteger es el disidente político individual; el discurso incómodo, ofensivo y hasta peligroso que los jueces han de proteger es el que se enfrenta individualmente al poder constituido, preferentemente al público, aunque también a poder privado”.²⁷ El poema de Witz —de dudosa calidad artística pero de incuestionable talante provocador—, con toda evidencia, se ubicaba en ese supuesto; sin embargo, la mayoría de los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (3 de los cinco ministros que la integran), llegó a la conclusión contraria y sentenció que el artículo 191 del Código Penal Federal sí es constitucional y, por lo tanto, negó el amparo al señor Witz.

²⁶ Cfr. Pou, F., “El precio de disentir. El debate interno en la Corte”, *op. cit.*, nota 10, pp. 1 y 2.

²⁷ Salvador, P., *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 11 y 12, citado en *idem*.

Para la mayoría de ministros de la Primera Sala, la “dignidad de la nación mexicana” fue ultrajada con el poema antes transcrito y, al hacerlo, Witz violó la Constitución sin importar que lo hiciera en uso de su libertad de expresión (amparo en revisión 2676/2003 fallado el 5 de octubre de 2005). Lo que estaba en juego en este caso, como bien ha señalado Juan Antonio Cruz Parceró, es si las personas en México “¿tenemos libertad para expresarnos respecto a los símbolos patrios sin que ninguna autoridad juzgue si estamos insultándolos o no, y sin que por ello tengamos que ser juzgados y condenados?”.²⁸ Y la Sala de la Corte decidió que no tenemos dicha libertad. Como es público, la sentencia ha recibido fuertes críticas porque —para muchos estudiosos— la decisión de los ministros impone una limitación injustificada a la libertad de expresión.

Si bien los estudiosos que critican a la Corte reconocen que la libertad de expresión tiene límites porque ningún derecho es absoluto; también advierten que dichas limitaciones están constituidas por otros derechos fundamentales (el honor, la dignidad, la intimidad, etcétera) o por situaciones extremas en las que se ponga en riesgo la estabilidad de la democracia constitucional. Y esas limitaciones, que deben justificarse plenamente en cada caso, no se materializaron en el caso del poeta Witz. De hecho, los ministros de la mayoría, colocaron un bien abstracto como la “dignidad de la nación” por encima de un derecho fundamental y, al hacerlo, vulneraron el valor que tiene la libertad de expresión —en sí misma y para la democracia—. De paso, nos recuerdan los críticos de la sentencia, lo hicieron desconociendo múltiples compromisos internacionales suscritos por nuestro país.²⁹

Más allá del tino de estas críticas —que nosotros compartimos— lo cierto es que el caso Witz evidencia, por un lado, las dificultades que conlleva establecer límites legítimos a la libertad de expresión y, por el otro, la inexperiencia e impericia de nuestros jueces constitucionales para enfrentar este delicado tema.

²⁸ Cruz Parceró, J., “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones”, en Vázquez, S. (coord.), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, cit., nota 10, p. 15.

²⁹ Cfr: Carbonell, M., “Ultrajando a la Constitución”, en Vázquez, S. (coord.), *op. cit.*, nota 10, pp. 35-48.

2. *El caso de los spots en contra de López Obrador en la elección de 2006*

Mediante dos sentencias ejecutorias (SUP-RAP-31/2006 y SUP-RAP-34/2006) el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al calor de la campaña presidencial de 2006, declaró ilegales varios *spots* publicitarios pagados por la Coalición “Alianza por México” (integrada por el PRI y PVEM) y por el Partido Acción Nacional, difundidos a través de diversos medios de comunicación, en contra del candidato de la Coalición “Por el Bien de Todos”, Andrés Manuel López Obrador.

El Tribunal Electoral consideró que existen límites a la libertad de expresión en materia política que dicha coalición y dicho partido político no respetaron en su afán por descalificar a su adversario político y, por lo mismo, decidió sancionarlos. Veamos, como botón de muestra, lo que se transmitía en uno de los *spots* que fueron considerados excesivos por los jueces electorales:

Se observa un pantalla oscura y se escucha una voz en off, y se escribe en dicha pantalla lo siguiente:

Es muy sencillo, es organizar 3, 4, 5, 10 debates.

Aparece Roberto Madrazo y dice:

Definitivamente, Andrés Manuel, cumplir no es tu fuerte.

Ahora resulta que de esos diez debates que prometiste sólo quieres tener uno, mentir es un hábito para ti y ya es tiempo que la gente lo sepa.

El debate es la esencia de la democracia.

Tú dices cuándo: ponle día y hora y vamos hablando de frente.³⁰

La mayoría de los magistrados electorales consideró que la afirmación difundida en dicho *spot* que dice “mentir es un hábito para ti”, sólo tenía por objeto demeritar la imagen de Andrés Manuel

³⁰ Todos los spots son recuperados, en el contexto de un ensayo en el que se ofrece un óptimo análisis crítico de las decisiones del Tribunal Electoral en estos casos en: Ortiz, J., “La ponderación y la libertad de expresión”, en Vázquez, S. (coord.), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, cit., nota 10, pp. 49-73.

López Obrador mediante una frase que —a juicio de ellos— es “ofensiva e intrínsecamente vejatoria” y no aportaba ningún elemento de “nivel o de calidad” a la deliberación seria e informada.

Por lo mismo, con fundamento en el artículo 60. de la Constitución y en una disposición del código electoral que prohíbe la propaganda electoral ofensiva, ultrajante, difamatoria, etcétera (artículo 38, apartado 1, inciso p, del Cofipe), la mayoría de los magistrados del Tribunal Electoral decidió ordenar que se suspendiera la difusión del *spot* y sancionar a la coalición que lo difundió. Argumentos similares fueron utilizados para ordenar la suspensión de otros *spots* patrocinados por el Partido Acción Nacional en los que se difundía una imagen negativa del candidato de la Coalición “Por el Bien de Todos” mediante frases que todos recordamos como: “López Obrador es un peligro para México”.

Para los magistrados, las sanciones procedían porque en los mensajes referidos se “utilizan críticas, expresiones, frases o juicios valorativos que, sin revestir las características (de expresiones intrínsecamente vejatorias o injuriosas), tienen como objeto o resultado la ofensa o denigración de alguno de los sujetos o entes previstos en la norma”.³¹

Para algunos críticos de estas resoluciones del Tribunal Electoral —como Javier Ortiz y, sobre todo, del entonces magistrado Jesús Orozco Henríquez, cuya posición quedó en minoría—, los magistrados se equivocaron al determinar que las expresiones contenidas en los *spots* constituían excesos en el ejercicio de la libertad de expresión por las siguientes razones: a) la decisión se fundaba en una posición paternalista que desconocía que la libertad de expresión no es una libertad cualquiera; b) sino que constituye un fundamento para el orden político democrático; c) que sólo puede limitarse de forma estricta y, en todo caso d) después de un ejercicio de ponderación que la mayoría no realizó.³²

³¹ *Ibidem*, p. 65.

³² *Cfr. ibidem*, pp. 65 y 66.

Cabe advertir que estos críticos de las decisiones del Tribunal Electoral tampoco piensan que la libertad de expresión sea un derecho ilimitado pero sostienen —en congruencia con los documentos internacionales más relevantes y con las decisiones de diversos tribunales constitucionales de otros países— que esos límites deben ser estrictos y justificados caso por caso. Por ejemplo, para estos estudiosos del derecho,

no están constitucional ni legalmente protegidas las expresiones consistentes en: la imputación de determinados hechos considerados delictuosos... y los insultos y ofensas. Tampoco quedaría amparado el discurso amenazante o intimidatorio, por traer aparejado, explícita o implícitamente, aunque de un modo creíble, la producción de algún mal grave.³³

Pero las expresiones contenidas en los *spots* en cuestión, desde su punto de vista, no caben dentro de estos supuestos.

De nuevo nos hemos querido limitar a evidenciar, mediante este caso reciente y polémico, que no existe una sola respuesta ante el dilema que supone limitar la libertad de expresión. Ello ni siquiera entre los estudiosos y los jueces y ante casos concretos con particularidades específicas.

VIII

En este apartado sobre la libertad de expresión hemos ofrecido una visión panorámica de lo que es la libertad de expresión, del tipo de libertad que encarna y de su relación con otros derechos. Asimismo, subrayamos cuál es la importancia de este derecho para el Estado constitucional y para la democracia y analizamos cuál es su relación, en el mundo contemporáneo, con los medios de comunicación (particularmente electrónicos). Pero, sobre todo, nos detuvimos a estudiar cuáles son los límites que

³³ *Ibidem*, p. 67.

pueden imponerse a esta importante libertad y, para hacerlo, nos referimos a algunos casos internacionales y nacionales emblemáticos en la materia.

Sobre este último aspecto —fundamental para nuestro estudio— tenemos una conclusión general: los límites a la libertad de expresión sólo pueden valorarse, caso por caso, mediante un ejercicio de ponderación entre los derechos, principios y/o instituciones involucrados. Por lo mismo, siguiendo a José Juan Morero, conviene recuperar las fases del método ponderativo: 1) delimitación del universo del discurso; 2) identificación de las normas; 3) consideración de casos paradigmáticos; 4) establecimiento de las propiedades relevantes del universo de discurso, y 5) formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso.

Este método jurídico, herramienta fundamental de los tribunales constitucionales contemporáneos, constituye un instrumento indispensable para abordar una de las interrogantes principales de este estudio: ¿qué debemos hacer cuando la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminados entran en conflicto? A esto dedicaremos un apartado de la segunda parte de este estudio.