

Libertad de expresión y responsabilidad social

Estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo

Luis Raúl González Pérez
Ernesto Villanueva

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
(Coordinadores)

Lorena Aragón Durand
y Rubén Minutif Zanatta
Clara Luz Álvarez
Perla Gómez Gallardo
Silvio Gramajo
Óscar Mauricio Guerra Ford
Alejandro Madrazo Lafous
y Estefanía Vela Barba
Jacqueline Peschard
Héctor Pérez Pintor
Miguel Julio Rodríguez
Villafañe
Hilda Nucci González
Gisele María Pérez Fuentes

Marcela I. Basterra
Samuel Bonilla Núñez
Karla Cantoral Domínguez
Mariana Cendejas Jáuregui
Teresa Dolz Ramos
Humberto Hernández Haddad
Freddy Mariñez Navarro
César Augusto Orrego Azula
Guadalupe Robles
Ángel Trinidad Zakdívar
María del Mar López Talavera
Issa Luna Pla
Omar Raúl Marlinez Sánchez
Montserrat Olivos Fuentes

José Perla Anaya
Raúl Trejo Delarbre
Lilia Vólez Iglesias
Ernesto Villanueva
Adriana Campos López
Inner B. Flores
Lina Gabriela Ornelas Núñez
y Melissa Higuera Pérez
Mario Carlos Villa Mateos
Mario Cruz Martínez
Octavio Islas
Marco Loverio Turcott
Beatriz Pagés



OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Índice de contenido

Introducción	1
Acerca de los autores	1

Parte 1. Alcances y límites de la libertad de expresión

1. Expresión y tecnología, binomio inseparable; el caso de internet

LORENA ARAGÓN DURAND Y RUBÉN MINUTTI ZANATTA

1.1 Planteamiento	1
1.2 Radiodifusión (radio y TV)	1
1.3 Internet	1
1.3.1 Qué es internet	1
1.3.2 Origen	1
1.3.3 Funcionamiento	1
1.3.4 Internet en México	1
Uso de internet	1
Banda ancha	1
Acceso diferenciado a servicios de telecomunicaciones	1
Intervención de las autoridades del Estado mexicano	1
Acciones tomadas por el Ejecutivo federal	1
Conectividad	1
Inclusión digital y acceso	1
1.4 A manera de conclusiones	1

2. Propiedad cruzada de medios, internet y libertad de expresión

CLARA LUZ ÁLVAREZ

2.1 Introducción	1
2.2 Factores relevantes para la propiedad cruzada de medios	1
2.3 Experiencia comparada en propiedad cruzada de medios	1
2.4 Características y contrastes de los medios de comunicación	1
2.5 Libertad de expresión en la era del internet. ¿Precisa de límites la propiedad cruzada de medios?	1
2.6 Conclusiones	1

1a. edición

Fecha de edición: JUNIO DE 2013

D.R. © (2013) UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán,
C.P. 04510, México, Distrito Federal.

ISBN: 978-607-02-4400-1

D.R. © (2013) OXFORD UNIVERSITY PRESS MEXICO, S.A. DE C.V., por los derechos de edición,
características tipográficas y diagramación en la presente obra.

"Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio,
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales".

Impreso y hecho en México

Issa Luna Pla es investigadora en el IJ-UNAM. Es doctora en derecho de la información en la Universidad de Occidente, Sinaloa. Tiene una maestría en derechos humanos por la universidad London School of Economics and Political Sciences, del Reino Unido, y ha sido investigadora en el Programme in Comparative Media Law and Policy (PCMLP) de la Universidad de Oxford. Se ha especializado en temas de medios de comunicación y democracia, libertad de expresión y libertad de información. Sus libros más recientes son: *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, *Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal. Desafíos en México* (en coautoría con Gabriela Ríos Granados). Ha participado en organizaciones de la sociedad civil en la promoción del derecho de acceso a la información y ha escrito numerosos artículos en revistas especializadas y periódicos prestigiados. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel 1). En coordinación con Eduardo Bertoni y Ernesto Villanueva, dirige la revista *Derecho Comparado de la Información*. Durante el 2010 participó dentro del grupo de expertos de la Organización de Estados Americanos que redactaron la Ley Modelo de Acceso a la Información y Guía de Implementación.

Su correo electrónico es: ilunapla@unam.mx

Alejandro Madrazo es doctor en derecho por la Universidad de Yale. Es profesor/investigador titular de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), donde coordina el Programa de Derecho a la Salud. Investigador (nivel 1) del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

Su correo electrónico es: alejandro.madrazo@cide.edu

Freddy Martínez Navarro es doctor en sociología política, profesor-investigador titular de la Escuela de Graduados en Administración Pública (EGAP) Gobierno y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, director de la Maestría en Administración Pública y Política Pública (MAP); profesor del doctorado en política pública en el tema de Política, Democracia y Política Pública, y coordinador de la cátedra de investigación Administración Pública, Gobierno y Ciudadanos. Es miembro del Board of Administration de la International Association of Schools and Institutes of Administration (IASIA), *Visiting Scholars* en la Kennedy School of Government of Harvard University y en el Woodrow Wilson Center (Georgetown University), donde realizó un par de investigaciones: *Violence, Governance, and Economic Development: Nuevo Laredo and its Lessons*, y *Open Government and Governance*. Ha sido profesor visitante en el doctorado de gestión y política pública de la Universidad de Costa Rica y en el programa de posgrado de geografía social de la Université de Caen, Francia. Propulsor del convenio de colaboración académica entre la EGAP-ITESM y la Escuela de Negocios y Administración Pública (ENAP) de la Fundación Getulio Vargas (Brasil). Es autor de los libros *Estado, bienestar y desarrollo. Lo social y lo global* (1999) y *Hagamos entre todos la política pública. Una visión relacional de la política pública* (2011). Ha coordinado varias investigaciones, como *Política y democracia en América Latina. Del análisis a la implementación* (2009), *Ciudadanos, decisiones públicas y calidad de la democracia* (2006) y *Ciencia política: nue-*

vos contextos, nuevos desafíos. Bases del análisis político, (2010). También publicaciones en revistas científicas nacionales e internacionales. Es miembro Nacional de Investigadores (Conacyt).

Su correo electrónico es: fmartinez@itesm.mx

Omar Raúl Martínez Sánchez es licenciado en periodismo y comunicador por la UNAM. Candidato a doctor en derecho de la información por la Universidad de Occidente. En los últimos 20 años ha centrado su quehacer profesional en el estudio y análisis de los medios y el periodismo como en la actividad periodística. Actualmente es profesor investigador del Departamento de Comunicación en la División de Ciencias de la Comunicación y Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), unidad Cuajimalpa. Asimismo imparte clases en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM, en la Maestría de Periodismo Político de la Escuela de Periodismo Carlos Sección Álvarez. Es presidente de la Fundación Manuel Buendía, director de la *Revista de Comunicación*, miembro del Consejo Editorial de Notimex, Agencia de Noticias del Estado Mexicano, y fundador de la Casa de los Derechos de Periodistas. Ha publicado libros *Semillas de periodismo*, *Manuel Buendía en la trinchera periodística*, *El periodismo*, *Códigos de ética periodística en México*, *Edmundo Valadés: la esencia del periodismo* (comp.). Coautor de varias obras, entre ellas: *Apuntes de historia de la tv mexicana*, *De reporteros*, *Riesgos y perspectivas del periodismo americano*, *Deontología y autorregulación informativa*, *Retratos de Manuel Buendía*, *La Ley Televisa y la lucha por el poder en México*.

Su correo electrónico es: omarraul2000@yahoo.com.mx

Rubén Minutti es abogado por la Escuela Libre de Derecho (ELD, 1995) y la University of Texas at Austin (1999) y doctor en derecho (UNAM, 2009) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (1999-2003). Anteriormente, abogado postulante y asesor de diversas autoridades estatales y locales. Autor de diversos textos académicos, cursos y conferencias sobre Derecho constitucional y administrativo. Profesor adjunto de Derecho constitucional (titular del módulo Acciones Colectivas en la especialidad de Derecho constitucional, 2009 a la fecha) e investigador honorario en el Centro de Investigación y Docencia Jurídica de la UNAM. Publicación más reciente: *Acceso a la información y justicia administrativa en México*.

Hilda Nucci González es licenciada y maestra en derecho. Realizó su especialización a través de tres diplomados: Derecho comercial y financiero, Derecho legal y Derecho corporativo. Actualmente estudia el Doctorado en Derecho en la Universidad Anáhuac México Sur (UAS). Ha impartido cátedra durante 11 años en instituciones como la UAS y la Barra Nacional de Abogados, en las materias de Derecho constitucional y Teoría del Estado. Ha publicado diversos artículos, entre ellos: *Alianzas y coaliciones*, *La nueva fórmula electoral de la democracia*

- Artículo XIX, oficina para México y Centro América, *Informe Anual 2011. Silencio forzado. El Estado cómplice de la violencia contra la prensa*, México, 2011, <http://es.scribd.com/doc/86373076/Silencio-forzado-El-Estado-complice-de-la-violencia-contr-la-prensa-en-Mexico>
- Artículo XIX, oficina para México y Centro América y Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C., *Índice del derecho de acceso a la información*, México, 2010, <http://www.checatuley.org/>
- Avilés, René, "La censura al periodismo en México: revisión histórica y perspectivas", *Razón y palabra. Primera Revista Digital en Iberoamérica especializada en comunicología*, México, núm. 59, <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n59/raviles.html>
- Buxadé Castelán, Josefina, "El acceso a la información como herramienta periodística", *Diario Cambio*, México, 2008, http://www.diariocambio.com.mx/columnistas/linea/linea_180608_el_acceso.htm
- Carpizo, Jorge, "Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma", en Dorangélica de la Rocha y Oscar Guerra (coords.), *La transparencia en las universidades públicas de México*, Artículo XIX, México / InfoDE, México, 2009.
- Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), *Métrica de la transparencia 2010*, coordinado por Sergio López Ayllón, México, 2010.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 2012.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Costa Rica, 1969, Organización de los Estados Americanos, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/1b-32.html>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_05_esp.pdf
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Francia, 1948, Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.
- Gaceta Oficial del Distrito Federal*, órgano de difusión del Gobierno del Distrito Federal México, <http://www.consejeria.df.gob.mx/gacetas.php>
- Guerra Ford, Oscar M., *Los órganos garantes de transparencia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- Hofbauer Balmori, Helena, *El caso Provida: los alcances del acceso a la información vs. los límites de la rendición de cuentas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2456/10.pdf>
- Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, página de transparencia, México, 2012.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de principios sobre la libertad de expresión*, <http://www.cidh.oa.org/basicos/basicos13.htm>
- Red de Rendición de Cuentas, *Hacia una política de rendición de cuentas (notas para una deliberación en curso)*, 2012, http://rendiciondecuentas.org.mx/pdf/propuesta_rrc.pdf
- Villamil, Jenaro, *Acceso a la información, periodismo y redes sociales. Escenarios futuros*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, México, 2011.

(Re)pensando la libertad de expresión

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS Y ESTEFANÍA VELA BARBA

6.1. Introducción

En la última década, la libertad de expresión se ha convertido en una de las principales preocupaciones de diversos actores políticos y sociales en México. Desde los mismos medios de comunicación y periodistas, hasta los activistas y organizaciones no gubernamentales, pasando por diversas instancias estatales y —notablemente en la elección presidencial de julio de 2012— la ciudadanía en general, se ha abordado este derecho fundamental no sólo como objeto de análisis, discusión y regulación, sino también como un motivo de movilización. Las preguntas sobre su alcance y contenido, y también en relación con las obligaciones que genera a cargo del Estado, se están planteando de manera reiterada. El contexto —a 15 años de la instauración plena del pluralismo político— no es para menos: vivimos un periodo determinante para este derecho y, con él, para la democracia misma.

En esta década se realizaron dos reformas constitucionales que modificaron por completo la manera en la que tal derecho debe ser entendido. La primera es la reforma electoral del 2007 —que, en palabras de quienes la impulsaron, tuvo por objeto establecer un "nuevo modelo de comunicación política"—, y la segunda es la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 que modificó el régimen mismo de los derechos fundamentales. Además, durante este periodo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido varios fallos determinantes para comprender la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional, entre los que destacan el relativo a la *Ley Televisiva* (Acción de Inconstitucionalidad 26/2006), el del Bando de Toluca (Amparo en Revisión 595/2006), el del Alcalde de Acámbaro vs. La Antorcha (Amparo Directo en Revisión 204/2008), el de María Sahagún vs. el semanario *Proceso* (Amparo Directo 6/2009) y el del *Informada vs. Letras Libres* (Amparo Directo 28/2010).

En conjunto, estas transformaciones hacen ineludible revisar mucho de lo que hemos por sentado en lo que atañe a la manera en que hemos de entender la libertad de expresión. Hay que replantear tanto la forma en la que la autoridad debe proceder para tutelar este derecho —no sólo cuando no debe intervenir en relación con la expre-

sión de particulares, sino cuando debe hacerlo— como la aproximación que, desde la academia, hemos de adoptar al abordar las problemáticas vinculadas a la libertad de expresión.

Antaño (y hasta la fecha en muchos círculos), la discusión sobre este derecho giraba principalmente en torno a una sola pregunta: ¿cuáles son los límites a la libertad de expresión? Estos, a su vez, venían siempre determinados por derechos o valores ajenos, externos a este derecho. Las disputas clásicas eran entre la expresión y el honor; la expresión y la privacidad; la expresión y la obscenidad; la expresión y la igualdad; entre la expresión y la protección penal de otros bienes jurídicos. ¿Afecta la expresión de una la privacidad del otro? ¿Qué hacer con las críticas que vulnecran el buen nombre de una persona? ¿Puede una expresión circular en el foro público si ofende la moral de la población?

Para resolver una colisión entre la expresión y su derecho o valor antagónico según la aproximación tradicional, se debía acudir al Estado, cuya intervención era permisible, preponderantemente, de manera posterior a la afectación al valor en conflicto con la expresión, a fin de sancionar la vulneración o bien para restablecer el derecho o valor vulnerado.¹ Por otra parte, esta perspectiva tradicional asumía que si bien la autoridad debía ser la instancia encargada de resolver estas tensiones, a la vez representaba la principal amenaza a la libertad de expresión. La censura previa y la supresión de la disidencia política, eran la amenaza latente en cualquier actuación del Estado en torno a la expresión. En esta materia, al Estado había que temerle.

Además, la libertad de expresión se entiende, por lo general, desde una perspectiva absolutamente *individual*. Esto es, lo que protege este derecho es que el individuo pueda manifestarse; la valía de la expresión es así la realización personal. Cuando vincula con la colectividad, se entiende no ya como un vehículo de realización personal, sino de *perfeccionamiento social*: la libertad de expresión es una garantía para la mejora colectiva.

Esta forma de entender la libertad de expresión, derivada primordialmente del liberalismo europeo de finales de los siglos XVIII y XIX, y desarrollada en México por juristas como Ignacio Burgoa, la denominamos aquí *modelo clásico* de la libertad de expresión.² Este es, precisamente, el modelo que ha quedado rebasado con la incorporación de los nuevos pasajes constitucionales y las interpretaciones judiciales: como explicación teórica resulta insuficiente ya para dar cuenta de las funciones que cumple la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional; como modelo normativo poco compatible con nuestro texto constitucional.

¹ La regulación de la obscenidad y la violencia han sido las dos excepciones clásicas a la regla de la intervención *ex post facto*. Por ejemplo, siempre se ha entendido que —sobre todo para “proteger” a los niños y niñas— el Estado no sólo puede, sino debe, intervenir en la regulación de los medios (sean televisivos o radiofónicos, libros, etcétera).

² Este modelo se corresponde con lo que Owen Fiss llama el *modelo libertario*, pero en nuestro país ha sido articulado incorporando una veta perfeccionista, no del todo compatible con el resto del modelo por lo que obliga a distinguirlo. Al respecto véase la nota 24, más adelante.

Existe, sin embargo, otra forma de entender la libertad de expresión, que, creemos explica en nuestro marco constitucional: el *modelo democrático*. Articulado por Owen Fiss —siguiendo a Alexander Meiklejohn y a Harry Kalven— a partir de la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense durante buena parte del siglo XX, este modelo se enfoca, más que en la expresión en sí, en su contexto y su función como pilar de la deliberación pública y, en consecuencia, del sistema democrático de autogobierno colectivo. Enfocarse en el contexto y la función de la expresión llevan a quien aplica el derecho a una serie de preguntas muy distintas de las que el modelo tradicional plantea: ¿es la expresión una idea que robustece el debate público?, ¿contribuye que los ciudadanos cuenten con *mayor* información sobre la democracia?, ¿se trata de una expresión que *excluye* a otros participantes del debate público?

Aquí, si bien el Estado puede potencialmente ser un censor —una amenaza—, puede también potenciar la expresión; puede fungir como *moderador* que modula la expresión de unos a fin de potenciar la de otros, enriqueciendo la deliberación colectiva en general. Bajo este modelo, el Estado es el encargado de garantizar que el debate público sea lo más plural, incluyente y equitativo posible. Esto implica darle voz a los que se ven de ella, modular a quienes excluyen a otros o inclusive —en el extremo— silenciar a quienes impiden la *comunicación*: lo fundamental es que exista una deliberación colectiva abierta y robusta que posibilite una democracia también robusta.

En el presente artículo queremos exponer con mayor detalle estos dos modelos.³ Hemos incluido ambos porque creemos que, no obstante que el democrático es el que mejor explica nuestro texto constitucional —siendo material suficiente para un artículo en lo individual—, el clásico es el que aún domina buena parte de la producción académica, y sobre todo la jurisdiccional (especialmente en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como en los juzgados y tribunales locales). El análisis de la tensión entre estas dos formas de entender la libertad de expresión surgió a raíz de un estudio sobre la aplicación de la reforma electoral

Podrían existir más “clasificaciones” de las diversas formas de entender la libertad de expresión. El trabajo en tal sentido de Frederick Schauer, *Free Speech: a Philosophical Enquiry* (Cambridge, Cambridge University Press, 1982), puede resultar bastante ilustrativo. En este libro, su autor se dedica a encontrar los diferentes argumentos filosóficos a partir de los cuales se sostiene la libertad de expresión. Estos incluyen a la verdad (la libre expresión es un vehículo para encontrar la verdad), la democracia (la libre expresión es un pilar de la democracia que permite la deliberación de los asuntos colectivos), la buena vida (la expresión es un bien primario necesario para la buena vida del individuo), la individualidad (la libre expresión es un medio para el desarrollo de la personalidad individual) y la utilidad (la supresión de la expresión es contraproducente).

Sin duda, la libertad de expresión es un derecho que invita —y requiere— un sinnúmero de reflexiones; sin embargo, nosotros tenemos un límite para discutirla. Elegimos los modelos clásico y democrático por razones sencillas: uno era el que mejor explica el texto constitucional, y ambos son los que justifican una mayor frecuencia las autoridades jurisdiccionales en el país. En este sentido, si bien, por ejemplo, alguien como Schauer podría servir como referente general para los múltiples debates que se suscitan sobre la libertad de expresión, rebasa el enfoque de este artículo.

2007 que ha realizado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) desde entonces.⁴

En esa investigación se concluyó que, si bien el texto constitucional no puede leerse ya bajo el modelo clásico, los magistrados del TEPJF lo siguen interpretando a través de este lente, con tristes y contraproducentes resultados. En contraste, en los últimos cinco años la SCJN se ha alejado del modelo tradicional, aproximándose a un modelo democrático de la libertad de expresión; sin embargo, las denuncias que inician los amparos que esa instancia ha resuelto no son sino ecos de la posición tradicional, insistiendo una y otra vez en ser éste el modelo dominante para interpretar el derecho en cuestión. Esperamos que con este artículo quede claro por qué es creativo, para entender y desarrollar la libertad de expresión en México, dejar atrás el modelo tradicional y adoptar el democrático a la hora de explicarnos (y de aplicar) nuestro régimen constitucional de la libertad de expresión.

En la sección 6.2 se hará una exposición breve del modelo clásico de la libertad de expresión, siguiendo el trabajo de Ignacio Burgoa. La sección 6.3 estará dedicada al modelo democrático, siguiendo el trabajo de Owen Fiss. La razón para seguir a Burgoa como autor es que –creemos– representa una de las influencias más importantes en el gremio jurídico mexicano, aunque sean pocos los que hoy se reconocen en su obra; consideramos que su obra es un buen reflejo de cómo opera todavía la mentalidad tradicional en este país, aun cuando sean otros los autores en boga.⁵ La utilización de Burgoa, por su parte, se debe a que hasta ahora es el más claro y cercano a nosotros. La sección 6.4 estará dedicada a revisar el texto constitucional, explicándolo de forma que quede clara su afinidad con el modelo democrático. En la sección 6.5 se exponen la doctrina de la libertad de expresión que la SCJN está construyendo a través de sus más recientes fallos. Finalmente, se ofrecen las conclusiones.

El modelo clásico

El modelo clásico de la libertad de expresión parte del supuesto de que la expresión individual constituye, por una parte, un medio indispensable para el desarrollo social; y, simultáneamente, un vehículo para que cada individuo actualice su potencial. Como respecto, Burgoa señala:

La libre manifestación de las ideas, pensamientos, opiniones, etc., constituye uno de los factores indispensables para el progreso social y cultural. En efecto, es mediante la emisión libre de ideas como se impulsa la investigación científica, descubriéndose nuevos principios, sustentándose teorías innovadoras, colmándose lagunas en sistemas ya existentes, criticándose vicios, defectos y aberraciones de los mismos, en una palabra, fincándose bases para la construcción cultural. Siendo una derivación específica de la libertad general, la libre manifestación de las ideas contribuye para el cabal desenvolvimiento de la personalidad humana, estimulando su perfeccionamiento y elevación culturales. [...] Los regímenes en los que impere la libre emisión de las ideas, la libre discusión y la sana crítica, estarán siempre en condiciones de brindar a la sociedad posibilidades de elevación intelectual; por el contrario, cuando se coarta la manifestación del pensamiento, vedándose las polémicas, conversaciones, los discursos, las conferencias, etc., en los que suele traducirse, se prepara para la sociedad humana el camino de la esclavitud espiritual que trae pareja su ruina moral.⁷

El modelo clásico parte del supuesto de que la función de la expresión de ideas es el desarrollo, tanto personal como social. La expresión en sí misma es valiosa, pues involucra el potencial de las personas y de las sociedades, eleva su nivel *intelectual*, y favorece la construcción cultural. Su supresión o restricción, por el contrario, conlleva a una *degradación moral*. No hay, aquí, referencia a la deliberación colectiva necesaria para un gobierno democrático.⁸ Esto es, la razón de ser del derecho a la libre expresión es el bienestar que política. Hay, eso sí, una presunción de que la consecuencia natural de contar con expresión irrestricta será el progreso; o que la consecuencia necesaria de la restricción a la expresión será, por lo menos, el declive espiritual y moral de la sociedad y del individuo. Se trata de un perfeccionismo moderado, que aspira al *desarrollo* intelectual y cultural del individuo y la sociedad; desarrollo que se espera fluya –aunque no fluya– de las expresiones vertidas libremente.

Así las cosas, se entiende por qué otro rasgo característico del modelo clásico de libertad de expresión es que imagina al Estado sólo o preponderantemente como una amenaza a la expresión, amenaza que debe ser contenida precisamente mediante la garantía constitucional de la expresión. Para este modelo, cuando la libertad de expresión contopera, el Estado debe *abstenerse* de intervenir, dejando a los interlocutores expresarse libremente:

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley Fundamental, el individuo tiene la potestad jurídica de hablar sobre cualquier materia sustentando cualquier criterio, sin que el Estado y sus autoridades le impidan o le restrinjan ese derecho. Por consiguiente, la obligación estatal autoritaria que se deriva de dicha garantía individual estriba en una abstención de parte

Alejandro Madrazo Lajous, *Libertad de expresión y equidad. La reforma electoral de 2007 ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, México, 2011, disponible en http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/cuaderno_5_je.pdf

En otras palabras: los presupuestos, la estructura y las consecuencias normativas de su argumentación son lugares comunes aún vigentes en el imaginario jurídico mexicano, aunque las referencias explícitas a su trabajo sean cada vez menores. Burgoa ya no está de moda, pero su pensamiento todavía refleja la mentalidad del gremio.

La exposición de los modelos clásico y democrático fue tomada, con ajustes, del trabajo de Alejandro Madrazo Lajous, *op. cit.*, nota 5.

Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 3ra. ed., Porrúa, México, 1998, p. 318.

La libertad de expresión, bajo este modelo, se justifica por dos razones que terminan por conectarse: la primera es porque se convierte en el camino a la verdad; la segunda es porque es un vehículo para el perfeccionamiento moral. Podría decirse que, en muchos sentidos, lo primero termina por servir a lo segundo: ¿cómo se puede estar en lo correcto si no se está en lo verdadero? Es así como el progreso científico se vincula al progreso moral.

del sujeto pasivo de la relación jurídica respectiva, o sea en un no hacer, traducido en la no intromisión en la esfera del individuo cuyo contenido es la expresión eidética.⁹

La cita anterior refleja con claridad el papel que el modelo clásico le imputa al Estado: la autoridad es la amenaza a la expresión de las personas y, en consecuencia, su papel debe ser pasivo frente a las mismas. No hay aportación alguna del Estado que pueda enriquecer la expresión o el debate. Él es sólo un peligro en potencia.

Este modelo del derecho fundamental a la libertad de expresión no implica que las expresiones no puedan restringirse o regularse. En nuestro país, el propio art. 6° constitucional explícitamente señala excepciones a la tutela constitucional de la expresión: "en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público",¹⁰ su emisor podrá ser sujeto de responsabilidad ulterior, determinada judicialmente. Sin embargo, para el modelo clásico los tipos de expresión que son censurables son siempre excepciones "fuera de las cuales no debe existir ninguna otra".¹¹ Esto queda más que claro en el art. 7°, que replica la estructura del 6°: "la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia [...] no tiene más límites que el del respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública." Este modelo admite que existen expresiones que no cuentan con el manto protector del derecho fundamental a la libre expresión —no podía ser de otra forma ante un texto constitucional explícito— pero desconfía del establecimiento de dichas excepciones:

[...] dadas las consecuencias que podría traer consigo en la realidad la limitación a la libertad de expresión de ideas y que significarla la nulidad de ésta en muchos casos estimamos que los tres criterios en que tal restricción se apoya (ataques a la moral, a los derechos de tercero y perturbación del orden público) son excesivamente peligrosos, sobre todo sustentados por autoridades judiciales o administrativas deshonestas, incompetentes y de tendencias tiránicas.¹²

La cita ilustra la desconfianza profunda de la autoridad que subyace en el modelo clásico de la libertad de expresión. Si se admiten restricciones es sólo porque la Constitución las señala expresamente; y cuando las mismas se admiten, deben acotarse de forma inequívoca:

Todas esas áreas de no afectación o perturbación mediante el ejercicio de estas garantías deben estar precisadas en leyes represivas específicas —y en los términos precisos de éstas—

⁹ Burgoa, *op. cit.*, nota 8, p. 350.

¹⁰ Esta porción del art. 6o. de la Constitución no ha cambiado desde 1917. Se le han agregado normas —este artículo— de manera sobresaliente, el derecho a la información (en 1977) y las formas en las que el Estado debe garantizarlo (en 2007)—, pero lo primordial del derecho a la libertad de expresión aquí no se ha modificado. El art. 7o., por su parte, que contiene la "libertad de escribir y publicar ideas", no se ha modificado desde 1917.

¹¹ Burgoa, *op. cit.*, nota 8, p. 351.

¹² *Ibidem*, p. 352.

sin posibilidades de interpretaciones subjetivas de los funcionarios que deben aplicarlas al caso concreto.¹³

El modelo clásico admite, pues, excepciones a la tutela constitucional del derecho a la libertad de expresión, en aras de algún otro valor o derecho. Tal como se ha entendido en nuestro país, este modelo exige algo semejante al principio de estricta legalidad para establecerlas. En cambio, en otras latitudes esta concepción no exige la consagración explícita de la excepción en la Constitución.¹⁴ Por ejemplo, en Estados Unidos el establecimiento de categorías de expresión no protegidas bajo la libertad de expresión se ha llevado a cabo mediante interpretación judicial, muchas veces en forma compleja y casuística.¹⁵

Es importante subrayar que, en el modelo clásico, los límites a la libertad de expresión son concebidos como una protección de un valor distinto y ajeno a la misma. La Constitución, en sus arts. 6° y 7°, contempla explícitamente los derechos de terceros, la privacidad, la moral y el orden público como derechos o valores que ameritan protección frente a las expresiones.

La admisión de límites a la libertad de expresión genera dos tipos de categorías de discurso: *protegido* y *no protegido*.¹⁶ Lo relevante bajo este modelo desde la perspectiva constitucional es determinar qué tipo de expresión está en juego a fin de catalogarla correctamente. Si una expresión es clasificada dentro de una *categoría protegida* por la libertad de expresión, la autoridad sólo podrá intervenir en los casos más extremos superando estándares altísimos de protección para afectarla;¹⁷ si, por el contrario, la expresión cae dentro de una *categoría desprotegida*, entonces el Estado es mucho más libre de regularla o incluso de proscribirla. El ejemplo paradigmático de discurso no

Juventino Castro, *Garantías y amparo*, 10a. ed., Porrúa, México, 1998, p. 119.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, exige que las excepciones estén en ley (art. 19, párr. 3). Sea en la Constitución o sea en la ley, existe una idea que las une: la afectación a un derecho fundamental es algo tan importante, tan trascendental que debe estar respaldada por una mayoría democrática (es el principio de reserva de ley, primo hermano del principio de legalidad).

Así, por ejemplo, el discurso obsceno (pornografía), la incitación a la violencia o la incitación a la rebelión son categorías que, bajo el modelo clásico, han quedado fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión por vía de la interpretación judicial. Steven Shiffrin y Jesse Choper, *The First Amendment, Cases, Comments, Questions*, 5a. ed., West, St. Paul, 2001; Harry Kalven, Jr., *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*, Harper & Row, Nueva York, 1988.

Esta es una distinción que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación explícitamente adoptó en el Amparo Directo 28/2010 (*La forzada vs. Letras Libres*), fallado en noviembre de 2011. Véase las pp. 76-83 de este fallo.

Aquí, un matiz: no existen protecciones *absolutamente libres* de intervención. Incluso en una doctrina tan liberal como la estadounidense, el discurso protegido, si rebasa ciertos límites, puede ser sancionado. Lo que pasa aquí es que la barra que se fija es tan alta que es casi imposible de superar. Para que se le permita a la autoridad intervenir, su actuación tiene que superar un "escrutinio estricto". El ejemplo paradigmático de discurso protegido, en la jurisdicción estadounidense, es la expresión política. La lógica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos es similar: si bien admiten que la expresión política puede regularse, para que ello ocurra la autoridad debe superar estándares muy altos de escrutinio.

protegido es el de la pornografía.¹⁸ El que el discurso no esté protegido permite: 1) que la autoridad regule la circulación de este material –las clasificaciones de películas, las reglas que afectan la visibilidad de estas revistas en los kioscos, las restricciones televisivas en horarios y canales son ejemplos, todos, de cómo se afecta el modo, el tiempo y el lugar en que este material está disponible para el público en general–; o bien 2) que la autoridad sancione la difusión de un material, desterrándolo de la escena pública.¹⁹ La siguiente tesis de un Tribunal Colegiado, emitida en 1976, ilustra con toda claridad el modelo clásico de la expresión, con su veta perfeccionista:

Es obvio que la conducta moral, tanto en el ámbito de las actividades referentes a la perpetuación de la especie y al placer sexual, como en cualquiera otro campo, exige que las inclinaciones egoístas o utilitarias y los impulsos meramente carnales o fisiológicos no desenvuelvan ni desplieguen sus directivas ni limitaciones, ni sean incondicionalmente aceptados o aprobados, menos aún elogiados y estimulados sin restricción alguna, ya que tales impulsos e inclinaciones deben ser dirigidos y encauzados, por medio del predominio de la razón sobre los apetitos y las pasiones, y con arreglo, además, al efectivo reconocimiento de la dignidad de personas que tienen tanto el sujeto de la conducta como los restantes seres humanos con quienes entra aquél en relaciones. [Si] una revista, aparte de contener varios artículos en que reiteradamente se emplea un lenguaje procaz e impudico, reproduce en abundancia fotografías con escenas y actitudes obviamente eróticas, mediante las cuales no se pretende propiciar, en quien las contemple, el goce estético, ni el que predomina el elemento espiritual sobre el puramente sensible, sino que los cuerpos desnudos se presentan con el claro propósito de excitar el placer sólo en el plano meramente carnal o fisiológico, resulta innegable que es correcta la resolución reclamada, que calificó de ilícita la revista, por ser contraria a la moral.²⁰

Esta tesis sirve para ilustrar la dimensión perfeccionista de nuestra versión del modelo clásico.²¹ El Tribunal Colegiado nos dice que, frente a las expresiones, el Estado puede

adoptar cuatro posturas: 1) el elogio; 2) la simple aceptación; 3) la regulación, o 4) la proscripción. Esto resulta sumamente interesante porque evidencia cómo, frente a cierto tipo de expresiones –las no protegidas–, el Estado se concibe no sólo como una amenaza, sino también como guardián –pero no de la expresión, sino de otro valor–. Si lo que está en juego es el progreso moral, resulta que el Estado no sólo está autorizado, sino obligado, a proteger al público frente a cierto tipo de expresiones (las desprotegidas). Esta tesis admite que el Estado puede 1) elogiar o no elogiar cierto tipo de expresiones. El arte político –piénsese en el muralismo mexicano de las décadas de 1920 y 1930– podría ser un ejemplo de lo primero. El Estado elogia, aplaude, *hasta digna y financia* este tipo de expresiones. La pornografía es un ejemplo de lo segundo: no hay nada que aplaudir ahí.

El Estado puede 2) aceptar un discurso si no rebasa ciertos límites. Éste puede ser el caso del entretenimiento televisivo o la expresión comercial: se permite que fluya, sin más. El Estado, sin embargo, puede 3) regular cierto tipo de discurso. Aquí no se trata simplemente de que la expresión no rebase límites (como en el caso del discurso aceptado), sino de encauzarlo, afectando el modo, el tiempo y el lugar en el que puede fluir. La regulación de los anuncios de alcohol y tabaco cae bajo esta categoría: son permitidos, siempre que se acoten a un espacio y tiempo específicos, con ciertos condicionantes de contenido (por ejemplo: las leyendas que advierten sobre los daños que su consumo puede generar). Cierta forma de pornografía –piénsese, por ejemplo, en *Playboy*, clásicamente señalada como porno soft (suave)– también cae en este supuesto.

Por último, el Estado puede 4) prohibir un discurso. La tesis en esto es ejemplar: cuando una expresión se dirige a lo “más bajo” del ser humano (tiene el propósito de excitar el placer sólo en el plano meramente carnal o fisiológico), es innegable que calificarla de ilícita –y suprimirla– es lo adecuado. Es válido e inclusive obligado desterrarla de la esfera pública.²² Lo que guía todo el ejercicio es el perfeccionamiento individual y social: lo que permitirá clasificar las expresiones en una u otra categoría, lo que permitirá fijar cuáles son las vías que la autoridad debe emprender ante ellas,

¹⁸ El otro clásico ejemplo es la injuria. La misma se trata la injuria como categoría de discurso desprotegido en el Amparo Directo 28/2000 (p. 78 del fallo). Y, de hecho, es la injuria la que el TRPPF termina por asimilarse a la calumnia y la denigración contenidas en el art. 41 constitucional (“En la propaganda política que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones, a los partidos políticos, o que calumnien a las personas”) y 2) no sólo concebirla como desprotegida, sino directamente como prohibida. *Madrado*, op. cit., nota 5, p. 52.

¹⁹ Linda Williams, una de las grandes teóricas estadounidenses de la pornografía, recuerda la etimología de la palabra “obsceno”: en latín, es lo que está fuera (*off-ob*) de la escena. Lo que no debe discutirse, que no debe verse. Lo que no debe existir.

²⁰ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 87, sexta parte, séptima época, p. 58. Registro número 253,618.

²¹ La veta perfeccionista está, por lo general, ausente del modelo clásico liberal “original”. De hecho, el modelo clásico liberal se erige como un mecanismo de defensa en contra de un Estado que puede buscar imponer o proscribir un contenido porque: a) no le favorece, b) porque considera que los ciudadanos no están preparados para digerirlo adecuadamente (paternalismo) o c) porque el contenido no es pedante, ni provoca lo mejor en las personas (perfeccionismo). Esto es: el modelo clásico liberal original pretende ser un antídoto al perfeccionismo, precisamente. Sin embargo, en México, en la forma en que este modelo ha sido entendido –tanto en el mundo de la pornografía como en el campo electoral

–, por ejemplo–, el perfeccionismo se convierte en un fundamento perfecto para la intervención estatal. El Estado es el protector de la razón –en contra de la degradación lasciva– o del debate público –en contra de la degradación de los insultos y acusaciones “gratuitas”. La limpieza moral del foro público es el argumento por excelencia para la intervención.

El razonamiento del TRPPF puede asimilarse al que el Tribunal Colegiado despliega para la pornografía: la injuria en el debate electoral no sólo daña el derecho al honor de los partidos políticos agraviados, sino que empobrece, denigra, ensucia la vida colectiva misma. Es lo que nada aporta. Lo que carece de absoluto valor. La calumnia y la denigración son la pornografía del debate político-electoral. Gran parte de la justificación para el perfeccionismo se encuentra en el hecho de que los partidos políticos son “entidades de interés público”. Esto el TRPPF lo interpreta de forma tal que permite “exigirles más”: son los partidos los que tienen que poner el ejemplo, son los partidos los que tienen que contribuir, positivamente, a la formación de una opinión pública informada, son los partidos los que tienen que proponer. Desde aquí, la crítica siempre se ve con sospecha (los verdaderos caballeros no tienen la necesidad de recurrir a ella). El mejor ejemplo de este tipo de razonamiento en las sentencias del TRPPF se encuentra en el SUP-RAP-81/2009 (Sopa de letras) o en el SUP-RAI-99/2009 (Diccionario).

es qué tanto son el reflejo de y contribuyen a la estimulación de *lo mejor que tiene el hombre*:²³ su razón.

Recapitulando, podemos decir que el modelo clásico, entre nosotros, se distingue por las siguientes características: i) valora la expresión por sí misma, pues estima que constituye en sí una vía para el desarrollo (moral) personal y social; ii) presume que la tutela o proscripción jurídica de un discurso depende de su clasificación, sea como tutelado, desprotegido o proscrito; iii) en lo que a las expresiones tuteladas concierne ve en la autoridad primordialmente una amenaza, exigiéndole, por lo general, una conducta estrictamente pasiva; iv) admite que la presencia de ciertos valores o derechos distintos a la libertad de expresión exigen que algunos tipos de expresión no gocen de protección constitucional; v) el discurso desprotegido, en ciertos casos, puede llegar a convertirse en discurso prohibido, ante el cual la autoridad debe actuar y proteger a los agraviados y a la sociedad en general; vi) por último, y ligado a la característica señalada en el inciso i) anterior, el modelo clásico refleja cierto perfeccionismo: se espera que la expresión sea reflejo de y contribuya sustantivamente al desarrollo personal y social.

Como se puede apreciar, esta concepción doctrinal de la libertad de expresión corresponde a la clasificación tradicional de los derechos fundamentales, aún más extendida entre nuestros juzgadores. Los derechos fundamentales se entendían tradicionalmente como clasificables en dos tipos: derechos de primera generación (civiles y políticos), que se traducen en una obligación de no hacer o abstenerse por parte del Estado; y derechos prestacionales o de segunda generación (económicos, sociales y culturales), que se traducen en una obligación de hacer por parte del Estado. Bajo este modelo, la libertad de expresión, como derecho de primera generación, se traduce en la obligación del Estado de no hacer —no censurar—. Sólo cuando rebasamos los límites de la libertad de expresión es legítimo que el Estado actúe para censurar a fin de proteger un valor o derecho *distinto* a la libre expresión.

6.3 El modelo democrático

Owen Fiss explica el modelo democrático contrastándolo con el clásico (que él llama libertario).²⁴ A diferencia del segundo, el democrático entiende que el derecho funda-

mental a la libertad de expresión tutela la expresión de los individuos no por su valor *en sí misma*, sino por su *función*: enriquecer y ampliar el ámbito del debate público a fin de permitir al ciudadano común conocer los temas y las posiciones involucradas en la deliberación colectiva. Como partícipes de la deliberación colectiva, los ciudadanos deben de abordar los temas y conocer los argumentos que sustentan las distintas posturas en torno a ellos, posibilitando así el autogobierno democrático. La libertad de expresión no se tutela por el valor intrínseco de la expresión —porque sea edificante moral y socialmente—, sino porque *a través* de la expresión los ciudadanos se informan y participan en la deliberación colectiva y, a través de ésta, en su propio gobierno. Esto es la razón de ser del derecho a la libre expresión es política antes que moral, y colectiva antes que individual (sin abandonar esta última). Así las cosas, el auditorio, y no sólo quién se expresa, es tutelado por el derecho a la libertad de expresión; asimismo, la pluralidad de voces y la inclusión en la deliberación se tornan centrales como valores que informan a la libertad de expresión.

Siendo ésta la razón que justifica tutelar constitucionalmente la expresión, la premisa de que la censura por parte del Estado es la amenaza contra la que se erige el derecho fundamental a la libertad de expresión pierde fuerza. Desde esta perspectiva, el Estado no sólo debe abstenerse de intervenir ante la expresión de los individuos, sino también debe *proteger o fomentar* dicha expresión. El modelo democrático no niega que el Estado tenga el potencial de censurar las expresiones individuales, pero reconoce que también puede jugar el papel de fuente y/o garante de la libertad expresiva de los individuos y, a través de ello, de la deliberación de la colectividad. Más aún, en este modelo el Estado no sólo tiene una función pasiva consistente en permitir que los individuos se expresen, sino que adquiere una función activa consistente en garantizar y promover que se expresen, y hacerlo de forma que se enriquezca la deliberación colectiva.

Además, el modelo democrático reconoce que en la actualidad el Estado no es el único actor que tiene el poder suficiente para censurar, sobre todo al disidente. El poder lo tienen también —y cada vez más— los actores privados que aglutinan un poder desproporcionado frente a otros interlocutores: medios de comunicación, empresarios poderosos, instituciones religiosas, etc.²⁵ Si la función que cumple la libertad de expresión es eminentemente social y política, y no individual, entonces el Estado debe intervenir ante un actor privado con capacidad de silenciar a su interlocutor a fin de garantizar que el interlocutor débil no sea excluido de la deliberación

²³ Se utiliza "el hombre", en lugar de "la persona", de manera intencional: el modelo clásico de la expresión corresponde a la época previa a la explosión de los feminismos. El sujeto político por excelencia era el hombre (y el criterio moral típico para juzgarlo todo: la razón).

²⁴ En este texto nos hemos apartado de la denominación de "libertaria" que emplea Fiss por dos razones. Primero, porque el exagerado ímpetu por la expresión en sí misma que lleva a Fiss a calificarlo de libertario y no liberal corresponde quizá a la forma en que ha sido articulado en Estados Unidos, pero en México no tenemos una versión tan radical del modelo. Segundo, porque la veta "aspiracionista" perfeccionista que hemos señalado está presente en la forma en que en México hemos entendido el modelo clásico, lo que hace imposible que podamos considerarlo plenamente liberal (olvidemos libertario). A fin de evitar confusiones aclaremos los siguientes términos: habría dos modelos de libertad

de expresión, el democrático y el liberal. El segundo, a su vez, se presentaría en al menos dos variantes: en Estados Unidos se manifiesta en forma exagerada como libertario, y es el objeto de crítica de Fiss; en México, por el contrario, se manifiesta con una veta perfeccionista y es articulado por autores como Burgos y, más recientemente, por los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Esta última variante del modelo liberal es la que llamamos aquí *modelo clásico*.

Por tal vez éste sea el hecho, innegable, que más ha obligado a la doctrina constitucional a repensar el modelo clásico, y al legislador a apartarse de él.

colectiva. Así, el Estado puede legítimamente intervenir en la deliberación colectiva y en la expresión de los interlocutores, potenciando a los débiles a fin de que no queden excluidos, y modulando a los fuertes para que no desplacen del todo a los primeros. La función del Estado al intervenir legítimamente se asemeja a la del un moderador en un parlamento.

Es cierto que bajo el modelo clásico la autoridad no sólo debe no hacer, sino que también *debe hacer* ciertas cosas: crear tribunales para dirimir las controversias que surjan entre la expresión y los otros valores protegidos, y crear leyes que regulen cierto tipo de expresiones (como la pornográfica). Sin embargo, cuando el Estado actúa, su proceder está encaminado a suprimir o limitar determinadas expresiones de la escena pública (expresiones que se considera generan un daño o no contribuyen positivamente al desarrollo social). En el modelo democrático, el Estado puede no sólo excluir, sino que también debe incluir —directa o indirectamente— ciertas expresiones en la deliberación colectiva. Ésta es otra de las diferencias principales entre ambas concepciones. El modelo clásico asume que todos tienen el mismo poder para hablar —y acudir a los tribunales para protegerse— y que sólo el Estado tiene el poder para callar. El modelo democrático, por el contrario, asume que 1) no todos tienen el mismo poder para hablar; 2) no todos tienen el mismo poder para protegerse y 3) no sólo el Estado puede callar al discurso de quien se expresa.

El modelo democrático supone que si la Constitución otorga una protección reforzada a la libertad de expresión (al consagrarla como derecho fundamental), no es porque permita dar a conocer las ideas o sentimientos propios o para que el individuo se desarrolle plenamente (para eso está el libre desarrollo de la personalidad), sino porque la posibilidad de expresarse de los ciudadanos resulta indispensable para el autogobierno colectivo: la democracia.²⁶ Por ello, lo que el derecho fundamental a la libertad de expresión tutela no es cada expresión aislada de cada interlocutor, sino la deliberación colectiva, que se conforma no sólo con expresiones, sino también con los silencios necesarios para escuchar a todos. Le incumbe no sólo el texto, sino también el contexto.

Ahora bien, ¿qué consecuencias se derivan del hecho de adoptar los puntos de partida sobre los que se construye el modelo democrático? A continuación se exponen algunas de las diferencias principales con el modelo clásico.

El modelo clásico aporta un modelo doctrinal que permite resolver los casos partiendo de un ejercicio de clasificación de la expresión en cuestión y/o de ponderación entre la libertad de expresión y algún contra-valor —el orden público, la moral, la privacidad y honra de los individuos, etc.—. Bajo este esquema, el modelo clásico podría explicar el conflicto como una disputa entre la libertad y otro valor. Si el otro valor derrota a la libre expresión, entonces estamos ante uno de los límites que excluyen a cierta categoría de discurso (obsceno, comercial, violento, etc.) de la tutela constitucional.

El problema con el modelo clásico, advierte Fiss, es que la ponderación entre valor y contra-valor (por ejemplo, libertad de expresión y equidad) se vuelve estérilmente casística e imposible de resolver mediante la aplicación de principios generales y, en consecuencia, arbitraria en un grado importante. En contraste, en el modelo democrático, la dicotomía se puede replantear de forma mucho más fecunda; no como un conflicto entre libertad de expresión e igualdad —siguiendo con el mismo ejemplo—, sino como un conflicto entre libertad de expresión y libertad de expresión.

Las expresiones de unos pueden silenciar a otros. Esto es, ciertas expresiones de ciertos interlocutores pueden tener como efecto el excluir de la deliberación a otros interlocutores contra quienes se dirigen. Esto, en al menos dos sentidos. Primero, pueden literalmente silenciar al interlocutor al imponer su propio discurso impidiendo que el otro llegue a ser escuchado. Segundo, pueden descalificar al interlocutor de forma que, aunque sea escuchado, su expresión no será tomada en cuenta simplemente por provenir de alguien que ha sido descalificado con antelación.

Por ejemplo, las expresiones que discriminan o exhiben a otros son problemáticas no sólo porque afectan la igualdad o la privacidad, sino porque, con independencia de ello, pueden tener como consecuencia *silenciar* a quien es discriminado o exhibido. Afectan o impiden su participación en la deliberación colectiva mediante su propia expresión. Cuando uno de los interlocutores es exhibido, puede preferir guardar silencio que exponerse a ser exhibido nuevamente. Por otra parte, cuando uno de los interlocutores es discriminado, puede ser desacreditado al punto tal que ni siquiera se le toma en cuenta aunque no guarde silencio. Cuando esto sucede, cuando un interlocutor es silenciado por otro en estas formas, la *función* de la tutela constitucional a la libertad de expresión es derrotada: no puede haber deliberación colectiva y autogobierno si no hay interlocución, y para que exista la interlocución se requiere que los interlocutores puedan participar con un mínimo de garantía respecto de su inclusión. Quien es discriminado o exhibido, por ser discriminado o exhibido no participa en el debate público, sea porque no se le escucha o porque sí se le escucha, no se le valora por haber sido descalificado como interlocutor previamente.²⁷

En otras palabras, la expresión de unos puede tener un *efecto silenciador* sobre la expresión de los otros. El efecto silenciador de la expresión no sólo se da en los casos en que el contenido del discurso de unos silencia a otros. También se presenta en casos en

²⁶ "Speech is valued so importantly in the Constitution, I maintain, not because it is a form of self-expression or self-actualization but rather because it is essential for collective self-determination." Owen Fiss, *The Iron of Free Speech*, Harvard University Press, USA, 1996, p. 3.

Ésta es, precisamente, una de las críticas a quienes han defendido la pornografía bajo la libertad de expresión: el pornógrafo, al representar a la mujer gozando de la violencia y de su sometimiento, desacredita los reclamos posteriores de ésta en el sentido de que fue obligada o reaccionada a participar en la producción pornográfica. Esto es: el discurso pornográfico dominante en el foro público le roba la expresión a las mujeres. Su "no" viene a significar un "sí". Con la palabra de los pornógrafos, la mujer queda desposeída de su propia palabra. Véase, sobre todo, Catharine MacKinnon, *Only Words*, Harvard University Press, USA, 1993.

los que los medios empleados para propagar el discurso son a tal grado asimétricos que tienen el efecto de marginar el discurso de una de las partes hasta hacerlo inaudible. Todo esto hace que la relación entre interlocutores sea un factor a considerar en ocasiones de manera determinante. Esto es: el mismo mensaje puede descalificar a un interlocutor y no a otro;²⁸ el mismo mensaje puede ser silenciador si lo pronuncia un interlocutor y no otro. El efecto silenciador del discurso es necesariamente una función del contexto en el que se emite el mensaje. No podemos afirmar que un mensaje descalifique o inhiba, con independencia de quién lo emite, acerca de quién lo emite, dónde lo emite o cómo lo emite.²⁹

Un ejemplo puede ayudarnos a comprender el modelo democrático: imaginemos que los partidarios de un candidato tienen la capacidad económica suficiente para adquirir espacio en los medios electrónicos de comunicación a fin de apoyar al candidato, mientras que los partidarios del candidato contrario cuentan con escasos recursos, apenas suficientes para adquirir espacio en un periódico impreso local. La disparidad del impacto que tiene la propaganda difundida en medios electrónicos de comunicación, comparada con el impacto de periódicos impresos, es tan abismal que los partidarios del segundo candidato quedarían, para efectos prácticos, excluidos de la posibilidad de expresar eficazmente al resto del electorado las razones por las cuales creen que su candidato debiera ser elegido y no su contrincante.

²⁸ En el Amparo Directo 28/2010, la Primera Sala de la SCJN toma en consideración a los sujetos - en este caso, *La Jornada* y *Letras Libres* - para dirimir parte de la disputa - *La Jornada* sintió que una nota periodística publicada en *Letras Libres* agravó su imagen -. Escribe la Primera Sala: "las figuras públicas tienen un acceso mucho mayor a los medios de comunicación para defenderse a través de una eventual réplica a las críticas que se hayan formulado en su contra. Así pues, en el caso de los medios de comunicación, es evidente que cuentan con los mecanismos para dar respuesta a sus detractores, pues el ser instrumento para la difusión de ideas es su esencia y, desde el punto de vista legal, el núcleo de su objeto social. [...] Un factor importante a considerar como una posible salvedad a lo anterior, lo es la cobertura del medio en que se hubiese hecho la crítica original, puesto que si el medio afectado es de distribución municipal o inclusive menor - como sería el caso de un diario escolar - podría no contar con la cobertura del medio que publicó la crítica, la cual podría ser de distribución estatal, nacional o incluso internacional. No obstante, en la especie ambos medios se distribuyen a nivel nacional, de modo que esta salvedad no resulta aplicable" (pp. 99 y 100).

²⁹ Decir, por ejemplo, que una determinada persona "es un peligro para México" tiene un efecto muy distinto dependiendo del contexto. Si quien lo dice es un candidato, en medio de una campaña política acerca de su rival electoral, quien está igual o mejor posicionado que él, es muy difícil sostener que el mensaje tiene el resultado de descalificar o inhibir al candidato calificado como peligroso. Por el contrario, si quien emite el mensaje es el presidente de la República y lo hace refiriéndose a alguien identificado como un disidente político en un contexto de violencia generalizada, entonces es más fácil admitir la posibilidad de que el mensaje descalifique al disidente. Todo esto, por supuesto, suponiendo que el presidente no está, él mismo, tan desacreditado que su mensaje difícilmente sea tomado en serio. En este respecto, contrastense los mensajes analizados en el caso SUP-RAP-34/2006 con las declaraciones que el presidente hizo el presidente Felipe Calderón a inicios de octubre del 2010, cuando defendió esas mismas afirmaciones como ciertas, ya en calidad de presidente: Jorge Ramos, "FCH defiende idea 'AMLO es un peligro para México'", *El Universal*, 5 de octubre de 2010.

En el hipotético caso presentado, si el Estado no interviene, el factor que determina quién puede exponer sus ideas en el foro público y quién no es la capacidad económica de cada grupo de partidarios. Bajo el modelo democrático, el Estado estaría legitimado para intervenir - obligado - a intervenir a fin de asegurar que el debate fuese mínimamente equitativo, ya sea mediante el subsidio a los partidarios económicamente desaventajados, la restricción a todos del uso de los medios electrónicos de comunicación para apoyar a un candidato o una combinación de ambas medidas.³⁰ Aquí, los límites de la expresión de un interlocutor aparecen en función de las necesidades de la deliberación colectiva misma - y se justifican no por virtud de un valor ajeno a la libertad de expresión - como la equidad, la imagen o la privacidad -, sino por virtud de la libertad de expresión misma: la libertad de expresión que integra a la equidad y a la pluralidad como condiciones para el funcionamiento adecuado; esto es, las internaliza.

Es en el modelo democrático que la relación entre interlocutores privados se torna crucial, dejando de ser la relación entre interlocutor privado y autoridad pública la más importante. Asimismo, la libertad de expresión deviene en un derecho instrumental con el objetivo inmediato de garantizar una deliberación pública inclusiva y deliberación que se inserta necesariamente en el ámbito de lo político, ya que su fin por objeto posibilitar el autogobierno colectivo: la democracia. Bajo este modelo, el Estado está constitucionalmente legitimado para intervenir; a fin de contener el efecto silenciador que pueda provocar el discurso de unos, sea por su contenido o bien por el medio que se utiliza. Pero además, el Estado se concibe como pudiendo intervenir en distintas formas - subsidiando, moderando o silenciando - y no sólo censurando. Así pues, la intervención del Estado frente a la expresión ya no es necesaria ni predominantemente la censura, sino que puede ser la apertura de espacios de expresión. Cabe en forma considerable el abanico de políticas públicas que el Estado puede adoptar frente a la expresión. Bajo el modelo clásico, el instrumento único del actuar del Estado era típicamente la censura (cuando se vulneraba un valor o derecho constitucional distinto). Bajo el modelo democrático, los instrumentos que puede emplear el Estado ante la expresión, a fin de garantizar y fomentar su pluralidad, son tan diversos que la creatividad (y el resto del sistema constitucional) permita.

Es importante señalar que, en abstracto, la prudencia aconseja que se procure, primero, impulsar el discurso de quien queda excluido, antes que modular o acallar al interlocutor dominante. Pero hay situaciones en que esto no es posible o que sólo es posible en alguna medida. Tal es el caso de la compra de tiempo aire para apoyar una candidatura. El Estado puede "subsidiar" la expresión de los interlocutores débiles si la totalidad de los interlocutores es un universo limitado (v.g. los partidos políticos); difícilmente podrá hacerlo si el universo es indeterminado (v.g. simpatizantes de los candidatos). Explica que, en materia electoral, el Constituyente de la reforma electoral de 2007 haya optado por otorgar directamente tiempo aire a un universo limitado de interlocutores (los partidos políticos) y simultáneamente proscrito a todos los demás interlocutores (simpatizantes privados) de la radio y la televisión.