

© Derechos Reservados 2008
COLECCIÓN ESTUDIOS 2007
Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Dante Núm. 14, Col Anzures.
Del. Miguel Hidalgo.
CP 11590, México, D.F.

Se permite la reproducción total o parcial del material incluido en esta obra bajo autorización de la institución y siempre que se cite la fuente completa.

Directorio

Gilberto Rincón Gallardo y Meltis
Presidente

José López Villegas
Director General Adjunto de Estudios, Legislación y Políticas Públicas

José Luis Gutiérrez Espíndola
Director General Adjunto de Vinculación, Programas Educativos y Divulgación

Vilma Ramírez Santiago
Directora General Adjunta de Quejas y Reclamaciones

María José Morales García
Directora de Coordinación Territorial e Interinstitucional

José Luis Páez Caballero
Director de Administración y Finanzas

Programa de Estudios 2007

José López Villegas
Director General

Alejandra Rojas Pérez
Directora de Programa

Diana Paola Cerón Ruiz
Coordinadora académica

Lillian Valerie Alvarez Melo
Coordinadora administrativa

Diana Paola Cerón Ruiz
Lillian Valerie Alvarez Melo
Editoras de sección

SÍNTESIS DEL ESTUDIO

En la primera parte de este estudio se ofrece una reconstrucción analítico/normativa de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a no ser discriminados. Primero, se desarrollan los elementos conceptuales y teóricos que dan forma a la libertad de expresión: se delinea su contenido, su importancia en sí y para el constitucionalismo democrático y, a partir de algunas referencias a casos emblemáticos, se muestran los problemas que supone imponer límites al ejercicio de esta libertad fundamental. En segundo lugar, teniendo en cuenta el desarrollo conceptual y normativo del derecho a la no discriminación, se reconstruyen los elementos que dan forma a este importante derecho fundamental. Después de evidenciar lo que es la discriminación y los daños que provoca, se explica la génesis teórica –a partir del principio de igualdad- e histórica –en algunos documentos jurídicos emblemáticos- del derecho a no ser discriminado.

En la Segunda Parte se analizan las relaciones que existen entre ambos derechos. Es decir, se estudian las posibles tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado así como las circunstancias venturosas en las que puede generarse una sinergia positiva de reforzamiento y de recíproca garantía entre ambos derechos.

Finalmente, en un tercer apartado, se ofrece una revisión general y amplia de la regulación vigente en México de ambos derechos y se ofrecen algunas reflexiones conclusivas sobre los problemas en este tema que debemos enfrentar para consolidar nuestra democracia constitucional.

Semblanza curricular

Pedro Salazar Ugarte

Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín, Italia.

Profesor e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y del Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE)

Es autor de la obra "La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica" editada por el Fondo de Cultura Económica y el IJ-UNAM (2006).

Con Ricardo Becerra y José Woldenberg ha escrito las obras "La Mecánica del cambio político en México" (3er, 2005) y "La reforma electoral de 1996" (1997).

Con Miguel Carbonell publicó el libro "Separación de Poderes y Régimen Presidencial en México" editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Rodrigo Gutiérrez Rivas.

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid con especialidad en Ciencia Política y Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Profesor de Derecho Constitucional en el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE) y en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Coordinador del Proyecto de Investigación *El Derecho al agua: análisis desde la exigibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales.*

Coordinador de libros editados por el IJ-UNAM y autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas de derecho constitucional.

Asistente de investigación: Luis Salgado

ÍNDICE

Síntesis del Estudio	4
Semblanza curricular	5
Reflexiones introductorias	7
Primera parte	
Algo sobre la libertad de expresión	17
El derecho de toda persona a no ser discriminada	46
Segunda parte	
Las tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado	77
Las relaciones positivas entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado	94
Marco Jurídico de la libertad de expresión en México	102
Marco Jurídico del Derecho a no ser discriminado en México	126
Algunas reflexiones conclusivas sobre el tema en México	148
Glosario	152
Bibliografía	154

Reflexiones introductorias

I.

Este estudio tiene como finalidad analizar las relaciones entre dos derechos fundamentales que guardan una especial relevancia para las democracias constitucionales: la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado. En principio, intuitivamente, al ser dos columnas torales de ese modelo de organización política, ambos derechos deben tener una relación de compatibilidad armónica. Esto, en circunstancias normales y en la mayoría de los casos, es cierto. Las democracias constitucionales presuponen y buscan garantizar que la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado se encuentren simultáneamente garantizados a todas las personas. De hecho, ambos derechos, como se verá a lo largo de este estudio, tienen una relación estrecha con un principio teórico –que tiene una fuerte carga axiológica- y que podemos llamar el “principio de la *igual* dignidad de las personas”; es más, en más de un sentido, los dos derechos que nos ocupan constituyen mecanismos idóneos para hacer efectiva dicha dignidad.

La libertad de expresión, por un lado, es un instrumento idóneo para que todas las personas –por ser individuos igualmente *dignos*- puedan manifestar sus ideas, emociones, sentimientos, etc. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión supone el reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos y, simultáneamente, se ofrece como un medio para que dicho reconocimiento se haga patente. El derecho a no ser discriminado, por su parte, representa una garantía de que todas las personas –precisamente por tener la misma *dignidad*- recibirán un trato igual en circunstancias similares. También en este caso, la prohibición de toda discriminación injustificada, es reflejo del reconocimiento de la dignidad personal y, al mismo tiempo, constituye una garantía para la afirmación efectiva de la misma.

II.

Así las cosas, los dos derechos que ocuparán nuestra atención a lo largo de este trabajo comparten una vinculación profunda y constituyen una parte importante del núcleo, primero, axiológico y, después, de derecho positivo del constitucionalismo democrático contemporáneo. En efecto, ambos derechos forman parte medular de lo que Ernesto Garzón Valdés llama el “coto vedado” y Luigi Ferrajoli “la esfera de lo indecible” en las democracias constitucionales: esto es, son derechos indisponibles a las mayorías políticas que imponen límites y vínculos al poder político -y también privado- en general. Da la importancia de ambos derechos, el estado debe, por un lado, abstenerse de llevar a cabo acciones que los vulneren pero, por el otro, implementar otras acciones necesarias para garantizarlos y, de paso, para impedir que poderes de otra índole –legales o ilegales- terminen por arrasarlos.

En la primera parte de este Estudio, para evidenciar la relevancia y características particulares de estos derechos, se ofrece al lector una reconstrucción analítico/normativa de cada uno de ellos. Primero, se desarrollan los elementos conceptuales y teóricos que dan forma a la libertad de expresión: se delinea su contenido, su importancia en sí y para el constitucionalismo democrático y, a partir de algunas referencias a casos emblemáticos, se muestran los problemas que supone imponer límites al ejercicio de esta libertad fundamental. En segundo lugar, teniendo en cuenta el desarrollo conceptual y normativo del derecho a la no discriminación, se reconstruyen los elementos que dan forma a este importante derecho fundamental. En efecto, después de evidenciar lo que es la discriminación y los daños que provoca, se explica la génesis teórica –a partir del principio de igualdad- e histórica –en algunos documentos jurídicos emblemáticos- del derecho a no ser discriminado.

Se trata de dos capítulos independientes pero en los que hemos intentado evidenciar algunos puntos de contacto –y también de posible tensión- entre ambos derechos fundamentales.

Más adelante, en la Segunda Parte del estudio, antes de revisar el estado del arte de ambos derechos en el ordenamiento jurídico mexicano, centraremos nuestra atención precisamente en las relaciones que existen entre ambos derechos. En este sentido, nos ocuparemos tanto de las posibles tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado, como de las circunstancias venturosas en las que puede generarse una sinergia positiva de reforzamiento y de recíproca garantía entre ambos derechos.

Este segundo apartado del trabajo constituye su aportación más original porque se aleja de los lugares comunes y echando mano de algunos casos emblemáticos evidencia que, en ciertas circunstancias, los dos derechos que nos incumben pueden entrar en conflicto por lo que es importante realizar ejercicios de ponderación que nos permitan ofrecer una respuesta a cada caso de conflicto en lo particular. Pero, además, se ofrece una visión complementaria en la que se evidencia que los dos derechos que nos interesan, así como pueden entrar en conflicto, en ciertos contextos, pueden reforzarse mutuamente.

Finalmente, en un tercer apartado, se ofrece una revisión general y amplia de la regulación vigente en México de ambos derechos y se ofrecen algunas reflexiones conclusivas sobre los problemas en este tema que debemos enfrentar en el mediano plazo si queremos consolidar nuestra democracia constitucional.

III.

Desde ahora, en estas reflexiones introductorias, nos parece importante ofrecer algunas coordenadas conceptuales para entender porqué entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado pueden presentarse tensiones e, incluso, atropellamientos y; al mismo tiempo, cómo es que cada uno de estos derechos pueden convertirse en un excelente aliado del otro. Esto con la única finalidad de ofrecer al lector una especie de brújula conceptual que le permita orientarse en la lectura del estudio y, sobre todo, encontrar por cuenta propia algunos nudos y puntos de contacto que explican la relación compleja –por un lado, de posible tensión y, por el otro, de mutuo reforzamiento- entre los derechos que nos interesan.

3.1. Para explicar el problema de las posibles tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado puede ser útil echar mano de la siguiente idea de Isaiah Berlin: aunque nos cueste reconocerlo “todas las cosas buenas no son compatibles, y menos aún todos los ideales de la humanidad¹”.

Este dato de hecho, arraigado en la realidad, es cierto en múltiples circunstancias. Más allá de nuestros buenos deseos y de la vocación de los optimistas, en el mundo real, muchas cosas valiosas entran en conflicto. Por ejemplo, con más frecuencia de la que quisiéramos es común que dos derechos fundamentales se enfrenten recíprocamente. Los ejemplos siempre suelen ser los mismos pero no por ello dejan de ser atinados: la libertad de expresión contra el derecho a la intimidad; la libertad económica contra la igualdad material; el derecho a la vida del *naciturus* contra la libertad de elección de las mujeres, etc. Todos estos conflictos, que en la realidad se presentan en situaciones concretas y específicas, nos orillan a la necesidad de decidir y de tener que optar entre fines y bienes que consideramos simultáneamente valiosos. Si bien es cierto que en ocasiones es

¹ Berlin I., Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 275.

posible llegar a una especie de “compromiso” entre los bienes en conflicto que nos permite encontrar una armonía parcial entre ellos, en otras, es inevitable descartar un bien –un valor, un derecho, un principio, etc.- en favor del otro.

Aunque esos casos *difíciles* no sean los más comunes lo cierto es que son el reflejo de una realidad inevitable. Para decirlo, de nuevo, con las palabras de Berlin:

“...si no estamos armados con una garantía *a priori* para la proposición de que en alguna parte ha de encontrarse una total armonía de los verdaderos valores –quizá en algún ámbito ideal, cuyas características no podemos más que concebir en nuestra condición de finitud-, tenemos que volver a los resortes ordinarios de la observación empírica y del conocimiento ordinario humano. Y éstos, desde luego, no nos dan ninguna garantía para suponer que todas las cosas buenas –o, en este aspecto, también todas las malas- son reconciliables entre sí, ni siquiera para entender qué quiere decirse cuando se dice esto. El mundo con el que nos encontramos en nuestra experiencia ordinaria es un mundo en el que nos enfrentamos con que tenemos que elegir entre fines igualmente últimos y pretensiones igualmente absolutas, la realización de algunos de los cuales tiene que implicar inevitablemente el sacrificio de otros”².

² Op. cit., pp. 275-276.

IV.

Dos principios que suelen entrar en conflicto en muchas circunstancias son la libertad y la igualdad. Son muchas las situaciones y contextos –teóricos y prácticos- en los que se presenta una tensión aparentemente “insuperable” entre el principio de la libertad y el valor de la igualdad. La existencia de esta tensión – que en muchas ocasiones es más aparente que real- ha sido un lugar común en la historia de las ideas y de las instituciones políticas. Así como también es larga la lista de autores y teorías que se han esforzado por encontrar los puntos de contacto –que son muchos- entre ambos principios fundamentales. En los párrafos que siguen nos limitaremos, únicamente, a repasar algunos puntos típicos de la discusión con la única finalidad de mostrar su actualidad y su (im)pertinencia.

4.1 Un terreno en el que son evidentes las tensiones y los contactos entre los dos principios puede ser el modelo democrático constitucional. En términos muy generales suele identificarse al constitucionalismo con las tesis liberales que se inspiran, precisamente, en el principio de la libertad. Desde este punto de vista, por ejemplo, el estado constitucional debe ser un estado limitado en sus poderes como condición necesaria para que las libertades individuales –personal, de pensamiento, de expresión, de reunión, de asociación, etc.- florezcan. En cambio, la democracia como forma de gobierno suele identificarse con el principio de igualdad que, sobre la base de la autonomía política de las personas, se traduce en el derecho/poder de cada individuo para participar en la adopción de las decisiones colectivas de su comunidad. La igualdad democrática, entonces, supone que los individuos puedan decir siempre y sin limitación alguna cuáles son las decisiones –reglas, acciones, etc.- que regirán la vida de su comunidad.

Así las cosas, como han señalado muchos autores contemporáneos, el constitucionalismo liberal puede convertirse en una “camisa de fuerza para la democracia” y ésta en un peligro para los diques constitucionales³. Libertad que contiene a las manifestaciones de la igualdad política; igualdad democrática que acecha a las libertades modernas. Constant vs Rousseau. La tensión, en efecto, existe y, sin embargo, como bien sabemos la democracia constitucional es una forma de organización política vigente en muchos países en nuestros días. Ese sólo hecho nos permite llegar a la conclusión que, por ahora, nos interesa: en este caso es verdad que el principio de libertad y el principio de igualdad pueden entrar en conflicto pero también lo es que ambos principios pueden encontrar un equilibrio y, de hecho complementarse. Es así como decimos que en la democracia constitucional, los individuos, somos *igualmente libres* para ejercer nuestros derechos fundamentales.

4.2. Pensemos en otro terreno de conflicto: el choque ideológico entre la izquierda y la derecha. En clave moderna y contemporánea es un hecho que, según algunos teóricos connotados, la equidistancia que existe entre los valores de la igualdad y los de la libertad son los que determinan y encauzan la diferenciación entre las ideologías de izquierda y las de derecha. Norberto Bobbio en su famoso ensayo sobre el tema advertía que la diferencia de fondo entre ambas coordenadas ideológicas era, precisamente, la inclinación de la izquierda hacia el valor de la igualdad sobre el valor de la libertad y, en cambio, la predisposición de la derecha a colocar la libertad por encima de la igualdad⁴. Esta sola indicación parece confirmar que la tensión entre ambos principios también este terreno es real.

³ Sobre el tema nos permitimos reenviar a P. Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE-UNAM, 2006 porque en ese libro se da cuenta de las tesis de algunos de los autores más reconocidos en este debate: S. Holmes, J. Elster, L. Ferrajoli, R. Dworkin, V. Ferreres, J. C. Bayón, entre otros.

⁴ N. Bobbio, *Derecha e izquierda*, Taurus, Madrid, 1995.

La mejor manera de evidenciar la contraposición es ubicándonos en el campo de conflicto emblemático: la defensa de la libertad económica frente a la promoción de la igualdad material. Para los liberales económicos el estado debe abstenerse de intervenir en los asuntos del mercado para que sean los agentes económicos los que –en ejercicio de su *libertad*- generen y distribuyan los bienes materiales; para las y los igualitaristas (podríamos decir socialistas), en cambio, el estado debe intervenir para regular los intercambios económicos con la finalidad de garantizar ciertos niveles de *igualdad* en el reparto de los beneficios generados. Así las cosas, si se quieren aumentar las condiciones *igualitarias* es necesario imponer límites a la *libertad* y, en sentido contrario, si se quiere garantizar el máximo grado posible de *libertad* es necesario tolerar resultados *desiguales*.

La tensión es inevitable pero también es teórica y prácticamente superable como lo demuestran las versiones moderadas del liberalismo y del socialismo contemporáneos que han hecho posible, entre otras cosas, el desarrollo del llamado *Estado de bienestar*. Algunos incluso –echando mano de un extraño osimorón conceptual- hablan del “liberalismo social” o del “socialismo liberal”. De nuevo, lo que nos interesa advertir es que, si bien la tensión existe, también en este campo puede superarse.

V.

Como muestran los campos de tensión que acabamos de delinear, la tensión entre los principios de libertad y de igualdad depende en gran medida de lo que se entienda por cada uno de estos conceptos complejos. Hablar sólo de “libertad” y de “igualdad” sin ulteriores precisiones se presta a múltiples confusiones: ¿de qué libertad estamos hablando?, ¿de la libertad negativa de Locke o de la libertad positiva de Rousseau?, ¿a cuáles de las libertades modernas nos referimos: personal, de pensamiento, de expresión, etc.?, ¿a la libertad de todos los individuos o sólo a la libertad de los poderosos⁵? y, pensando a la igualdad, como diría Bobbio, ¿a la igualdad entre quiénes? y ¿en qué cosa?

Este no es el espacio para dilucidar cuestiones tan complejas pero su mención es inevitable para orientar al lector hacia el objeto principal de este estudio: la relación entre la libertad que nos ocupa –la libertad de expresión- y el derecho a no ser discriminados –que es una expresión del principio de igualdad. En la primera parte de este trabajo se ofrecerá una reconstrucción de ambos derechos con la finalidad, precisamente, de establecer de qué libertad estamos hablando y cuál es el sentido de la igualdad que descansa detrás del derecho a no ser discriminados. Sobre esa base podremos enfrentar, en la segunda parte, las preguntas clave que busca enfrentar este estudio:

- ❖ ¿El ejercicio de la libertad de expresión –la manifestación de las ideas- puede provocar (directamente o indirectamente) violaciones al derecho a no ser discriminado?

- ❖ ¿El derecho a no ser discriminado puede justificar la imposición de límites y restricciones a la libertad de expresión?

⁵ Michelangelo Bovero ha delineado esa diferencia de manera ilustrativa con la idea de la libertad del “lobo” y la libertad de las ovejas. Cfr. M. Bovero, *Quale libertà? Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

- ❖ ¿Qué hacer cuando, en circunstancias concretas, entran en conflicto la libertad de expresión y el principio de igualdad (el derecho a no ser discriminado)?

- ❖ ¿Es posible encontrar puntos de contacto entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado que permitan un reforzamiento recíproco de ambos derechos?

- ❖ ¿La libertad de expresión puede ser un vehículo para combatir y superar las discriminaciones?

Finalmente, como es debido, podremos echar un vistazo a nuestra realidad mexicana. Y, quizá, hacer una que otra propuesta.

PRIMERA PARTE

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 la 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, tiene un *valor para* en la medida en la 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 delinear 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 reunión⁶. Todas estas son libertades conocidas como "libertades negativas" que, para estar garantizadas, implican limitaciones y vínculos al poder⁷. En concreto, las libertades así entendidas suponen que ningún 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 adjetivo⁸- 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"⁹. La libertad individual será más grande en la medida en la 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, etc., sin que el poder político nos impida hacerlo pero también en la medida en la que nadie nos obligue a expresar algo – una idea, una emoción, un sentimiento, etc., que no deseamos manifestar.

⁶ Cfr., entre otros, N. Bobbio, *Teoria Generale della politica*, Einaudi, Turín, 1999, p. 304.

⁷ La palabra libertad es inevitablemente un término ambiguo. Un intento por disolver esta ambigüedad se encuentra en *Ibid*, pp. 64-68.

⁸ Cfr. M. Bovero, *Quale libertà?*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁹ N. Bobbio, *Teoria Generale della politica*, op. cit., p. 80.

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 prohibidos, no obligatorios) por las normas colectivas¹⁰. 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 individuales. 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 hacer que alguien(es) 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 privado¹¹. 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. Y esto vale tanto para poderes delincuenciales

¹⁰ 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? I. Berlin, *Two concepts of Liberty* en *Two essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, p. 12.

¹¹ Cfr., Bovero, M., *Grammatica della democrazia. Contro il Governo dei peggiori*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

como una banda de secuestradores que pueden privarnos de la libertad personal como para una gran corporación de medios de comunicación que puede asfixiar nuestra libertad de expresión.

Por lo mismo, la esfera de libertad individual debe ser protegida tanto de las intervenciones estatales (del poder político) como de las intervenciones que pueden llevar a cabo actores privados (de los poderes económicos: grandes medios de comunicación, empresas multinacionales, grupos delincuenciales, etc.). 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 del individuo “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.

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 –se nos antoja 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, etc.- sin hacer público nuestro pensamiento pero ese ejercicio sólo adquiere la dimensión de una "libertad" cuando se opone, 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 tanto 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 dimensión

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 si bien 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 individuales 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, etcétera.

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 cabo¹². 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, etc., y de expresarlas de muy diferentes maneras. El constitucionalismo democrático reconoce esa capacidad y la protege mediante derechos fundamentales, en este caso, de libertad¹³. Derechos sin los cuales el propio constitucionalismo democrático se derrumbaría.

¹² 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.

¹³ Nosotros 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. Si en este trabajo no nos detenemos en este delicado y trascendente aspecto es 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, 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. Y, 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 que 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, esta permitida. Y ello no supone que la tortura y la pena de muerte sean ideas valiosas –no más, por lo 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, etc.- y otras son las expresiones simbólicas –actos u acciones- que utilizamos para manifestar nuestras ideas¹⁴. Y 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. Y, 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 libertad 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”¹⁵. 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

¹⁴ Retomamos esta distinción de F. Pou, “El precio de disentir. El debate interno en la Corte”, en Vázquez, S. (coordinador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, Porrúa, México, 2007, pp. 1-9. Un caso típico de expresiones simbólicas es la quema de banderas.

¹⁵ M. Carbonell, “Notas sobre la libertad de expresión en México”, op. cit., p. 353.

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 individual fundamental, la libertad de expresión, constituye ella misma un límite a los poderes públicos y privados. Desde esta perspectiva podría parecer absurdo limitarla: hacerlo, alguien podría sostener, supondría crear un paradójico limite-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 y 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 concepción 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 pública¹⁷.

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”¹⁸. Esta reflexión se encuentra estrechamente relacionada con el tema de 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 individual, la libertad de expresión también tiene un valor social por ser –como hemos insistido- precondition de la propia democracia constitucional.

¹⁷ Cfr. O. Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa editorial, España, 1996.

¹⁸ *Ibid.*, p. 31.

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 indeseables¹⁹”. 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 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 entero entramado institucional del constitucionalismo democrático que, a la vez que se sustenta en la libertad de expresión, en un círculo virtuoso, permite y garantiza su ejercicio.

¹⁹ Woldeberg, J., “Todo con medida”, en Reforma, 12 de diciembre de 2007.

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”²⁰. 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, etc., 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 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

²⁰ H. Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Universidad de los Andes, Colombia, 1997.

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)”²¹. Esa posición preferente de la libertad de expresión también es reconocida por muchos 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”²². Como puede observarse, se busca colocar a la libertad 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

²¹ M. Atienza, “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, Revista Internacional de Filosofía Política, en prensa.

²² Cfr. Sentencias 106/1986 y 159/1986. Citadas por M. Carbonell, “Notas sobre la libertad de expresión en México”, México, 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 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.

limitaciones explícitas a la libertad de expresión y que, en su momento, podrán ser aplicada 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 políticas²³. Esta es una confirmación más, aunque en los Estados Unidos no existan disposiciones legales explícitas al respecto, de que los estados democráticos 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 ya anunciaba 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.

²³ Miguel Carbonell advierte que otros dos recurrentes en el debate americano son la quema de banderas y la crítica a los funcionarios públicos. Cfr. *Ibid.*, p. 371.

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”²⁴ o en la nueva 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”²⁵.

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

²⁴ Cfr., *ibid.* 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.

²⁵ La primera es la resolución a/61/1.53. Cfr., A. Nuño, “Negacionismo islámico y ceguera occidental”, en *Letras Libres*, Mayo 2007.

inciso del artículo 607.2 del Código Penal que desde 1995 sancionaba con cárcel la difusión de ideas o doctrinas *negadoras* de los genocidios²⁶.

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, etc.) para los que no es fácil determinar si debe aplicar 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).

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 si 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 “abierto 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

²⁶ 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 del 2 de diciembre de 2007.

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 echar mano de un ejemplo que tuvo mucha difusión internacional, durante el 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 (Art. 6º constitucional). 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 jurisdiccionales²⁷. De hecho, aunque hasta ahora no han sido muchos los casos en los 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.

A. 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

²⁷ Cfr. J. Orozco, “libertad de Expresión” en VV.AA, Diccionario de derecho constitucional, IJ-UNAM, México, 2002.

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.”

Invitación (la patria entre mierda) de Sergio Hernán Witz Rodríguez
(Publicado en la revista *Criterios*, no. 44, abril de 2001).

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 Sr. 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).

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*; g) y se difundió por un *conducto sumamente clásico* como es la prensa escrita²⁸. Por todo esto, según se desprende del análisis que hace la propia Pou del caso y que coincide con la postura de otros estudios como Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró,

²⁸ Cfr. F. Pou, “El precio de disentir. El debate interno en la Corte”, op. cit., pp. 1-2.

Rodolfo Vázquez, la Suprema Corte de Justicia de la Nación contaba con buenos elementos para, sin mayores complicaciones, otorgar el amparo al Sr. 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”²⁹. El poema de Witz -de dudosa calidad artística pero de incuestionable talante provocador-, con toda evidencia, se ubicaba en ese supuesto. Y, 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 Federa sí es constitucional y, por lo tanto, negó el amparo al Sr. Witz.

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?”³⁰ 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.

²⁹ P. Salvador, *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 11-12; citado por Pou, *ibidem*.

³⁰ J. Cruz Parceró, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones” en Vázquez, S. (coordinador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, op. cit., p. 15.

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, etc.) 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 país³¹.

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.

B. El caso de los *Spots* en contra de López Obrador en la elección del 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 ese año, 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.

³¹ Cfr. M. Carbonell, “Ultrajando a la Constitución” en Vázquez, S. (coordinador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, op. cit., pp. 35-48.

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 s 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 frente³².

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 desmeritar la imagen de Andrés Manuel 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 6º de la Constitución y una disposición del Código Electoral que prohíbe la propaganda electoral ofensiva, ultrajante, difamatoria, etc. (Art. 38, 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

³² 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: J. Ortiz, “La ponderación y la libertad de expresión”, en Vázquez, S. (coordinador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, op. cit., pp. 49-73.

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”³³.

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 realizó³⁴.

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

³³ Ibid., p. 65.

³⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 65-66.

de un modo creíble, la producción de algún mal grave”³⁵. 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 estudios y los jueces y ante casos concretos con particularidades específicas.

³⁵ *Ibid.*, p. 67.

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 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 Moreso, 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; 4) 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.

El derecho de toda persona a no ser discriminada

I.

Lo que podemos entender por discriminación. Este primer apartado está redactado con el objetivo de identificar y relacionar algunos de los elementos clave que conforman el derecho a la no discriminación. No tiene una intención de exhaustividad, sino de esclarecimiento de algunas categorías elementales que ayuden a comprender los objetivos, el alcance y el significado de dicho derecho.

En términos amplios y del lenguaje común, por *discriminación* puede entenderse la acción de distinguir o separar unas cosas de otras, tomando en cuenta sus diferencias. Se trata de una noción neutral que no encierra juicio de valor alguno. Ahora bien, en el ámbito de la sociología o del derecho, dicho concepto ha ido adquiriendo significados más precisos que son los que interesan a este trabajo. Como fenómeno sociológico, la discriminación puede ser entendida como una de las tantas formas de violencia u opresión que existen en las sociedades contemporáneas. Se trata de una violencia ejercida por grupos humanos en posición de dominio, quienes, consciente o inconscientemente, establecen y extienden preconceptos negativos contra otros grupos sociales determinados³⁶, que dan por resultado la exclusión o marginación de las personas que conforman a estos últimos. Dichos preconceptos suelen estar basados en algún rasgo fisonómico (color de piel, género, discapacidad) o de identidad (étnica, sexual, religiosa,) que es convertido en un estigma de inferioridad.

En otras palabras, la discriminación es una relación social en la que un grupo, con capacidad de ejercer alguna o varias formas de dominio (económica, política, cultural), minusvalora o repele a otro grupo social, colocando a éste último en una

³⁶ Estos prejuicios frecuentemente van acompañados por conductas de desprecio u odio que en muchas ocasiones llegan a poner en riesgo la integridad física de quienes son discriminados.

situación de desigualdad u opresión. Para hacerlo, se toma como punto de partida algún rasgo característico del grupo excluido, y con base en él se construyen estereotipos prejuiciados de inferioridad, inmoralidad o peligrosidad. Es en este sentido que la xenofobia, el racismo, la misoginia, la homofobia, el clasismo, pueden ser todas consideradas formas de discriminación, basadas respectivamente en el origen étnico, el color de piel, el género, las preferencias sexuales o la condición social.

II.

Los daños que produce la discriminación. Para entender los alcances negativos del fenómeno que aquí se aborda, es importante aclarar que la noción de *grupo social* a la que hacemos referencia en este trabajo, no puede aludir a cualquier conjunto de personas con algún elemento en común. Para los objetivos de este trabajo, un *grupo social* es aquel que puede identificarse -así mismo o por otros- por el hecho de que sus integrantes comparten vínculos identitarios, tales como: una tradición, una cultura, un lenguaje, una historia o un conjunto de experiencias comunes, que dan lugar a una entidad social significativa.³⁷

Es importante señalar esto, porque el fenómeno de la discriminación no puede ser entendido como la diferenciación excluyente, en un sólo momento histórico, de cualquier conjunto de personas. Se trata de un fenómeno que se concreta y se define cuando un prejuicio es instalado sobre un grupo de manera perdurable, y los integrantes de dicha colectividad son constantemente marginados por el simple hecho (en muchos casos involuntario) de pertenecer a ella. Es verdad que la discriminación en muchas ocasiones afecta personas en casos individuales, pero no puede pasarse por alto que si esto ocurre, se debe a que dicha persona pertenecen a un grupo determinado que ha sido históricamente estigmatizado de forma injustificada.

Es útil destacar lo anterior para subrayar el hecho de que la discriminación tiene un carácter sistémico, que implica la reproducción social de relaciones de desigualdad que excluyen a amplios sectores de una comunidad. Ello supone repercusiones graves sobre las estructuras sociales, económicas y políticas de esta última. Si bien es cierto que las conductas de desprecio y estigmatización, son en sí mismas degradantes para los individuos (y sólo por ello deberían ser prohibidas), lo más grave es que dichas conductas suelen traducirse, para los

³⁷ Courtis Christian “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino” en De la Torre, Carlos (coord.) *Derecho a la no discriminación*, México, IJ, UNAM, 2006, p.237.

grupos discriminados, en una mayor dificultad de acceso a determinados bienes, intereses o libertades que son indispensables para poder tener una vida digna, y para poder participar en la conformación política de la comunidad a la que pertenecen. Por ejemplo, no es sólo que las culturas indígenas en México sufran la humillación de ser consideradas inferiores en sus capacidades, sino que además, como consecuencia de ello, experimentan mayores dificultades en el acceso al agua potable³⁸, a trabajos bien remunerados a escuelas de calidad, y enormes obstáculos para ejercer su autonomía política. Situaciones similares han padecido las mujeres, las personas con discapacidad, las de la tercera edad, o todas aquellas que son infravaloradas por un prejuicio infundado, basado en algún rasgo que las caracteriza.

Es obvio que vivir bajo una condición sistémica de permanente desprecio y subordinación social, supone mayores dificultades para el desarrollo de los planes de vida de ciertos grupos. Por tanto, es importante reconocer que la discriminación no sólo es un conjunto de consideración negativas que, de forma aislada, pueden hacer unas personas sobre otras (situación imposible de evitar en una sociedad), sino que estamos frente a un componente estructural de ciertos sistemas sociales, que se relaciona de forma estrecha con otras problemáticas que mantienen a millones de personas en situación de opresión.³⁹

³⁸ En el año 2000, un 42% de las viviendas indígenas en México carecían de agua entubada y un 70% no tenían servicios de saneamiento. PEÑA, Francisco, "Gestión local y control estatal del agua en regiones indígenas de México" en PEÑA, Francisco (coord.) *Los Pueblos Indígenas y el Agua: desafíos del siglo XXI*, Colegio de San Luís, 2004, p. 92.

³⁹ El concepto de opresión ha sido teorizado de forma amplia por Iris Marion Young. De acuerdo con la autora los distintos rostros de la opresión son:

- 1) Explotación, es decir, "la transferencia de energías de un grupo a otro para producir distribuciones desiguales".
- 2) Marginación, que supone excluir a personas o grupos "...a las que el sistema de trabajo no puede o no quiere usar".
- 3) Carencia de poder, "la mayoría de la gente en estas sociedades no participan regularmente en toma de decisiones que afectan a sus condiciones de vida y a sus acciones... lo que deja a las personas pocas oportunidades para desarrollar y usar sus capacidades".
- 4) Imperialismo cultural, "experimentar el imperialismo cultural es experimentar cómo los rasgos dominantes de la sociedad vuelven invisible la perspectiva particular de nuestro propio grupo al tiempo que lo estereotipan y lo señalan... El imperialismo cultural conlleva a la universalización de la experiencia y la cultura de un grupo dominante, y su imposición como norma...así, el grupo dominante refuerza su posición al someter a los otros grupos a los criterios de sus normas."

Por lo tanto, en sociedades como la mexicana, donde los problemas de discriminación tiene esta dimensión sistémica, es urgente identificarla y combatirla puesto que de ello depende, en importante medida, poder enfrentar problemas con los que se encuentra estrechamente vinculada como son los de la pobreza, la falta de democracia, las limitación de libertades individuales, la igualdad de oportunidades y el propio desarrollo de los pueblos indígenas y comunidades campesinas.

5) Violencia, “La opresión de la violencia consiste no sólo en la persecución directa, sino del conocimiento diario compartido por todos los miembros de los grupos oprimidos de que están predispuestos a ser víctimas de la violación solo en razón de su identidad de grupo.” Véase, Marion Young, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra Universitat de València, Colección feminismos No. 59, 1990, p. 68 y ss.

III.

Lo que se protege a través del Derecho a no ser discriminado. Aún cuando este no es el espacio para entrar al fondo de la discusión filosófica sobre la fundamentación axiológica de la idea de no discriminación (esto es, a la pregunta sobre cuales son los intereses o los valores que se busca proteger a partir de este principio), conviene hacer alguna reflexión sobre el tema para dimensionar la magnitud del problema que aquí se aborda. Como se ha sugerido en los párrafos anteriores, lo que parece estar en juego cuando se debate el tema de la discriminación, son dos cuestiones. Por un lado, la dignidad de aquellas personas que son estigmatizadas con un prejuicio no justificado que las minusvalora, produciendo un daño individual grave, vinculado con la autoestima. Pero por otro lado -y esto está relacionado con la dimensión estructural del problema- también está en juego la posibilidad de construir una sociedad verdaderamente democrática; una sociedad de iguales, donde se anulen las diferencias injustificadas (privilegios) que sólo les permite a los grupos en posición de dominio ejercer su libertad (positiva y negativa) y acceder a bienes o intereses que son considerados indispensables para la vida digna. Una sociedad construida sobre la base de prácticas discriminatorias, es una sociedad en la que se excluye a determinados grupos (que suelen ser amplios) cuyos integrantes no pueden acceder a la justicia, a la salud, a la participación política, al voto, a la educación y, lo que interesa de forma especial a este trabajo, a espacios donde puedan expresar con libertad sus opiniones y exponer sus diferencias.

Por estas razones, el derecho internacional y el derecho constitucional contemporáneos han vinculado de forma tan importante los problemas de la discriminación con el principio de igualdad. Ello no es poco si tomamos en cuenta, como lo ha señalado Dworkin, que la igualdad es un principio fundante de todos los derechos.⁴⁰ O en otras palabras, que lo que convierte en fundamental un

⁴⁰ Dworkin, Ronald *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

derecho, en términos valorativos y teóricos, es el hecho de proteger intereses o necesidades que pueden ser generalizables, a diferencia de los privilegio, cuya estructura es tendencialmente selectiva y excluyente.⁴¹

Habría que agregar entonces, que lo que también está en juego cuando se habla de discriminación, es el cimiento de todos los derechos, de los civiles, políticos y sociales puesto que todos ellos “pueden fundamentarse, en realidad, en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad.”⁴²

⁴¹ Vease Pisarello, Gerardo *Los derechos sociales y sus garantías; elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 37-38.

⁴² *Idem.*

IV.

Derecho a no ser discriminado. Por las razones anteriores, se ha ido avanzado desde el terreno del derecho para intentar modificar los patrones discriminatorios de conducta. Durante las últimas décadas, el derecho a la no discriminación se ha venido fortaleciendo y ampliando sus alcances, gracias al impulso de los más diversos movimientos sociales que en todas partes del mundo han luchado contra los privilegios, y a favor del reconocimiento de sus diferencias. Esta movilización ciudadana ha provocado un extenso debate que ha tenido lugar en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en el del derecho constitucional (especialmente en los distintos tribunales y cortes constitucionales), así como en la academia. La combinación de todos estos espacios, ha permitido ir precisando durante las últimas seis décadas el significado jurídico del concepto de discriminación así como el contenido y el alcance del derecho, caso por caso. A continuación haremos un breve repaso del desarrollo que dicho derecho ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos y posteriormente en el debate constitucional. Destacaremos los elementos mínimos que nos permitan comprender los alcances jurídicos del mismo.

4.1 Definición en el ámbito internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de establecer distinciones con base en rasgos característicos de las personas (sexo, color, lengua, etc) se estableció en los primeros documentos internacionales de las Naciones Unidas. De hecho, se establece como una de las claves de bóveda de toda la estructura de los derechos. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, se dejó en claro que: (Art. 2) “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, *sin distinción alguna* de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”⁴³ De

⁴³ El énfasis en cursivas es nuestro.

entonces a la fecha, la gran mayoría de los Pactos y Convenciones firmadas por los países en materia de derechos, han incluido entre sus primeros artículos una prohibición expresa de discriminación.⁴⁴

Sin embargo, la inclusión de cláusulas de no discriminación en los tratados, no aportó mayores elementos que colaboraran para tener una definición más precisa de la discriminación desde el ámbito del derecho.

Un primer documento internacional que sí supuso un avance importante en la definición del contenido jurídico de la discriminación, fue el Convenio no. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, adoptado por dicha institución el 25 de junio 1958.⁴⁵ En su artículo 1º dicho Convenio establece:

1. A los efectos de este Convenio, el término “Discriminación” comprende:
 - a) “Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”

A partir de esa fecha, se comenzaron a aprobar distintas Declaraciones y Convenciones, a nivel internacional y regional diseñados de manera específica a

⁴⁴ Por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su artículo 2.2. que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) establece en su artículo 2.1. que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*”

⁴⁵ Vinculación de México, el 11 de septiembre de 1961, aprobada por el Senado de la República el 10 de noviembre de 1960 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 11 de agosto de 1963.

combatir distintas formas de discriminación: por razones raciales⁴⁶, contra la mujer⁴⁷, por motivos de discapacidad⁴⁸, en la enseñanza⁴⁹, por razones religiosas⁵⁰, en los medios de comunicación⁵¹ donde se aportan definiciones sobre la discriminación. Asimismo, los Comités encargados de vigilar la aplicación de dichos instrumentos, y emitir la interpretación autorizada de los Pactos, también colaboraron en ello.⁵² En muchos de estos documentos, la discriminación es definida en términos similares a los establecidos desde 1958. Esto es, como toda distinción exclusión o preferencia, basada en un rasgo fisonómico o identitario de una persona, que da por resultado la anulación, restricción o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, discriminar a una persona no significa diferenciarla de otra en el trato. Significa colocarla en una situación jurídica de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica que es innata e inmodificable. No se trata de una diferencia de trato “entre” las personas por cualquier razón, se trata de una diferencia injusta “contra” las personas basada en un prejuicio negativo que anula o restringe el ejercicio de derechos. Haciendo una síntesis del contenido

⁴⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (proclamada el 20 de noviembre de 1963) y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Vinculación de México el 20 de febrero de 1975, aprobada por el Senado de la República el 6 de diciembre de 1973, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1975.

⁴⁷ Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (proclamada el 7 de noviembre de 1967) y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Vinculación de México el 23 de marzo de 1981, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de mayo de 1981.

⁴⁸ Convención Interamericana para eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad, Vinculación de México el 8 de junio de 1999, aprobada por el Senado de la República el 26 de abril de 2000 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de marzo de 2001.

⁴⁹ Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Adoptada el 14 de diciembre de 1960.

⁵⁰ Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o Convicciones (proclamada el 25 de noviembre de 1981)

⁵¹ Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra (proclamada el 28 de noviembre de 1978)

⁵² Por ejemplo, en 1989 el Comité de Derechos Humanos (que es el órgano encargado de vigilar la aplicación del PIDCyP y de emitir la interpretación autorizada sobre los artículos del mismo) elaboró una Observación General, la no. 18, donde definió la discriminación y trazó líneas importantes para comprender el contenido y el alcance de del derecho a no ser discriminado.

de las cláusulas insertas en los instrumentos señalados, es posible decir que son tres elementos relacionados entre sí los que constituyen un acto discriminatorio: a) una distinción injustificada; b) basada en un rasgo, c) que anula derechos.⁵³

Con base en lo anterior es posible decir en un primer acercamiento que el derecho a no ser discriminado supone la prohibición de realizar actos distintivos, excluyentes o preferenciales, basados en criterios como el origen étnico, el color de piel, el género, las preferencias sexuales y otros señalados por las Constituciones y los Tratados, cuando dichos actos dan por resultado la restricción o anulación de los derechos. Desde el punto de vista jurídico, discriminar a una persona colocarla en una situación de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica prohibida por la ley. Ahora bien, conviene adelantar que esta primera concepción de la discriminación, va a experimentar importantes transformaciones en el debate constitucional de los Estados, gracias a las cuales se ampliaron sus alcances y su potencialidad transformadora en la dirección que se explicará más adelante.

4.2. Definición en el ámbito Estatal. La importante discusión a nivel internacional sobre el derecho a la no discriminación comenzó a impactar sobre el constitucionalismo de posguerra. Desde finales de la década de los 40s, diversas constituciones del mundo comenzaron a incluir en su articulado cláusulas de no discriminación. Es el caso de la Constitución Italiana de 1948⁵⁴ y de la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁵⁵. A partir de entonces el derecho a la no discriminación adquirió carta de naturalización dentro del constitucionalismo mundial y hoy es difícil encontrar alguna norma suprema que no lo establezca.

⁵³ Véase: De la Torre, Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006, pp. 3-5.

⁵⁴ Art 3. "Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales"

⁵⁵ Art 3.3 "Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia su raza su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.

Como se señaló más arriba, este derecho a no ser discriminado surgió vinculado de forma muy estrecha al principio de igualdad y en un primer momento a la idea de igualdad ante la ley, también denominada igualdad formal. De hecho, muchas de las cláusulas de no discriminación incluidas en las constituciones están precedidas y estrechamente relacionadas con el principio de igualdad ante la ley, como es el caso de la Constitución Italiana o la Española de 1978.⁵⁶ Sin embargo, conforme avanzó el debate sobre la igualdad, debido principalmente al ejercicio de interpretación constitucional llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales, el derecho a no ser discriminado también comenzó a relacionarse con la idea de igualdad material. Para comprender el significado y la trascendencia de lo anterior, es necesario explicar estas dos manifestaciones del principio de igualdad (formal y material) y a partir de ellas entender cuales son los posibles alcances de este derecho en el constitucionalismo actual. Clarificar lo anterior es necesario para poder identificar las tensiones, relaciones e implicaciones que este derecho tiene con el derecho a la libertad de expresión.

4.3. *Principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado.* El derecho contemporáneo ha diseñado múltiples herramientas y puesto en práctica estrategias para intentar contrarrestar las desigualdades que históricamente han sido impuestas sobre ciertas personas y grupos. En este apartado nos interesa rastrear la evolución del principio general de igualdad y su relación con el derecho a no ser discriminado, para visualizar los alcances y los límites de dos de las estrategias más relevantes dentro de los sistemas jurídicos para la lucha contra las desigualdades y sentar las bases para el análisis que se lleva a cabo en la parte central de estudio.

⁵⁶ Artículo 14. "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Para ello, es conveniente iniciar con una exposición retrospectiva de la evolución del principio de igualdad, explicando a grandes trazos la función que ha desempeñado en las distintas etapas del Estado contemporáneo.

Antes conviene recordar que la creación de normas jurídicas en una comunidad suele ser producto de una intensa lucha de intereses entre los grupos dominantes y dominados que la conforman. Ello es así porque el resultado de esa lucha (los contenidos normativos) puede, por un lado, proporcionar beneficios a determinados grupos sociales y por otro, establecer límites a sus contrapartes. Esta naturaleza conflictiva del proceso de construcción normativa, ha sido analizada por diversas teorías críticas, que han denunciado al derecho como un instrumento que tiende a beneficiar a los sectores dominantes. De acuerdo con estas posiciones, al interior de un Estado serán siempre los grupos con capacidad de ejercer el poder quienes, aprovechando su posición de privilegio, utilizarán al derecho para condenar y perseguir las conductas que les afectan y consecuentemente, fortalecer las instituciones que les benefician.

Sin embargo, la historia ha demostrado que el derecho también puede ser ley del más débil.⁵⁷ Cuando los grupos social e históricamente marginados han conseguido organizarse para la defensa de sus intereses, las normas jurídicas también se han convertido en instrumento de protección de los sectores más vulnerables de una sociedad. A través de ellas, se ha obligado a redistribuir mejor la riqueza generada por todos o bien reconocer, proteger y valorar identidades diferenciadas (género, origen étnico, discapacidades, etc.).

En este sentido, el principio de igualdad ha podido desempeñar, en determinadas coyunturas políticas favorables para los miembros de los grupos dominados, una función histórica destacada. En ciertos momentos de la evolución del constitucionalismo, dicho principio se ha convertido en un instrumento útil que ha

⁵⁷ Esta posición es defendida por autores como Luigi Ferrajoli, la cual se refleja claramente en su trabajo: *Derechos y Garantías, la ley del más débil... op. cit.*

colaborado para la eliminación de ciertos privilegios, la protección de libertades y la asignación más equitativa de bienes.

Por esta razón, la lucha por el reconocimiento legal y constitucional de la igualdad de todas las personas ha sido una de las claves del constitucionalismo moderno. Las revoluciones encabezadas por la burguesía liberal en el siglo XVIII contra los antiguos privilegios contruidos por y para las monarquías, fueron luchas por la igualdad; asimismo las batallas de los trabajadores a mediados del siglo XIX contra el capital industrial, la lucha de las mujeres sufragistas por el derecho al voto o las actuales movilizaciones de los pueblos y comunidades indígenas en América Latina contra las empresas transnacionales. Todas estas luchas han tenido como prioridad la eliminación de los privilegios económicos, políticos o culturales contruidos por los grupos históricamente dominantes.

Por tanto, la incorporación de la idea de igualdad como principio rector o como valor fundamental dentro los textos constitucionales ha servido como una herramienta de contrapoder. Por ello, cuando se habla de derecho a la igualdad, se habla de una de las coordenadas principales en el mapa del constitucionalismo moderno, sin la cual resulta imposible comprenderlo.

Ahora bien, una aproximación a la noción constitucional de la igualdad supone una difícil labor de sistematización por varias razones. En primer lugar porque se trata de un concepto, cuya traducción en normas, se ha ido modificando a lo largo del siglo XIX y XX, para adecuarse al proceso evolutivo del Estado liberal y su transformación en Estado social.

En segundo lugar, porque se trata de un concepto que tiene un contenido político cuyo significado intenta ser definido por distintos sectores de la comunidad que se encuentran inmersos en una dinámica conflictiva. El principio de igualdad tiene un carácter vago e indeterminado que le ha permitido adoptar significados muy

diversos ⁵⁸ de los que pueden extraerse consecuencias políticas y jurídicas diferentes. Esto ha producido y continúa produciendo intensos debates teóricos y jurisprudenciales que luchan por apropiarse del sentido de este poderoso concepto.

En tercer lugar, porque es frecuente que las constituciones hagan múltiples referencias a la idea de igualdad; la regla general es que en las cartas fundamentales se recurra a ella en diversos artículos, lo que permite un enorme juego interpretativo, no exento de confusiones, y constantes contradicciones, que en muchas ocasiones lejos de aclarar, oscurecen el significado jurídico de esta noción.

Aún así, tanto la doctrina como la interpretación constitucional contemporánea han llegado a establecer algunos acuerdos con base en los cuales es posible identificar ciertos alcances constitucionales del principio de igualdad en el marco del Estado constitucional. Para avanzar en la comprensión de éstos, conviene utilizar un esquema general que servirá como base para el desarrollo de este apartado. Dicho esquema se apoya en dos nociones básicas que hoy conforman el principio de igualdad en el derecho. Éstas son: a) la igualdad como equiparación (igualdad formal) y; b) la igualdad como compensación (igualdad material).⁵⁹

⁵⁸ En el esfuerzo por explicar su modelo de democracia Kelsen apuntó que “el concepto de la igualdad puede adoptar significados tan diferentes que resulta imposible considerarlo esencial para el concepto de democracia.” KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, ed. Guadarrama, Madrid, 1977, p. 127. En esa dirección también se orientan las palabras de Ruiz Miguel al afirmar que “La igualdad es un concepto tan abierto y complejo que incluso un estudio que pretenda circunscribirse a su interpretación constitucional no puede limitarse a describir más o menos ordenadamente una serie de tesis o posiciones. Un análisis apropiado exige cierta construcción y la construcción presupone elecciones conceptuales y valorativas que, en particular en este caso, son además inevitablemente complejas y quizá esencialmente debatibles.” RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Doxa* No. 19, Alicante, 1996, p. 39.

⁵⁹ Estas dos nociones han sido denominadas de diversas formas por la doctrina y por la jurisprudencia, lo que conduce a desencuentros y en ocasiones a discusiones semánticas. Se habla de igualdad formal y de igualdad material, véase GIMÉNEZ GLUK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999; o bien de igualdad ante la ley e igualdad sustancial, véase RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Doxa* No. 19, Alicante, 1996, p. 39.

Cada vez que aparezca en este texto la noción de *igualdad como equiparación* se entenderá como el principio de trato igual, el cual establece la obligación a todos los poderes públicos de dar un trato igual a todas las personas ante la ley. El derecho constitucional contemporáneo, consciente de que existen rasgos y características distintas que identifican a una u otra persona, establece como primera regla general de igualdad que, en tanto no aparezca una razón justificada que demuestre la necesidad de establecer un trato diferenciado, el derecho no tiene porque promoverlo. Esta idea de *igualdad como equiparación* da vida a dos postulados muy relevantes del constitucionalismo actual: a) igualdad ante la ley y; b) derecho a no ser discriminado. Ambos están incluidos de forma expresa en nuestra Constitución (art. 4º párrafo primero y art. 1º párrafo tercero respectivamente).

Sin embargo, debido a que las diferencias entre las personas son evidentes y son muy importantes para la construcción de las diferentes identidades – especialmente dentro del esquema de un Estado social y plural- no es suficiente la aplicación de la igualdad como equiparación. Por ello, esta noción se ha complementado con una nueva perspectiva de la igualdad, capaz de reconocer la diversidad social, cultural y económica de las personas. Esta noción se basa en el reconocimiento jurídico de las diferencias y permite que el derecho establezca tratos diferenciados cuando se considere necesario. Se trataría, aunque pueda parecer paradójico, del derecho a la desigualdad.

A esto lo denominamos *igualdad como compensación*⁶⁰ (igualdad material) y también se encuentra reconocida de forma expresa en nuestra Constitución (art. 2º), aunque de forma limitada, sólo dirigida a las comunidades indígenas aunque ha comenzado a ser desarrollada por la jurisprudencia para proteger a cualquier otro grupo en situación de discriminación. La aparición de esta segunda noción es

⁶⁰ Esta es la categoría es la que utiliza una parte importante de la doctrina y su nombre está relacionado con las acciones que debe instrumentar el Estado para *compensar* las desigualdades concretas que sufren, o han sufrido, determinados grupos en situación de discriminación. Véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 12-18.

paralela en la historia del constitucionalismo al nacimiento de los derechos sociales. Dichos derechos fueron construidos con el objeto de *compensar* las desigualdades producidas por el capitalismo liberal, que a través de la lógica del libre mercado, impidió a la mayoría de las personas acceder a determinados bienes y necesidades indispensables para la vida.

Dicho lo anterior, podemos decir que en la actualidad una parte importante de los ordenamientos jurídicos en el mundo se apoyan en un principio de igualdad conformado tanto por la noción de igualdad como equiparación (formal) como de compensación (material). Como puede suponerse, ello no está exento de dificultades y contradicciones, puesto que la primera establece el derecho a recibir un trato igual por parte de los poderes públicos, mientras que la segunda establece el derecho a ser tratado diferente. A continuación se profundizará en esta compleja relación con el objeto de explicar cómo se ha ido resolviendo esta aparente contradicción dentro de los sistemas constitucionales.

4.3.1. La igualdad como equiparación (igualdad formal). Nadie discute que el Estado liberal nace estrechamente ligado a la idea de la igualdad. Esta noción se convirtió en uno de los fundamentos de las revoluciones burguesas de finales de siglo XVIII. Frente al mundo de excepciones y privilegios, establecidos en las propias leyes, que caracterizó al Ancien Régime, la burguesía luchó por un modelo de Estado en el que todos los individuos tuvieran la misma capacidad frente al derecho y fueran regulados por las mismas normas. Que todos los sujetos fueran equiparados frente a la ley fue una exigencia vital del liberalismo burgués revolucionario; equiparación entendida como trato igual. Las leyes (y quienes las aplicaban) debían, como principio general, tratar igual a todas las personas

En la actualidad, la igualdad como equiparación se encuentra incluida de forma explícita en la mayoría de las constituciones contemporáneas. La fórmula jurídica que predomina para enunciarla es similar a la que se utilizó en la redacción del artículo tercero de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Constitución alemana):

“Todas las personas son iguales ante la ley”.⁶¹ *Igualdad ante la ley* es la clave de esta formulación positiva.

Conviene aclarar que se trata de formulaciones normativas y no descriptivas. Con ella se intenta prescribir la realidad, no describir como es en los hechos. Cuando se utiliza la fórmula *todos iguales ante la ley* lo que se hace es apelar a un ideal normativo, a un deber ser. Como señala Laporta con ella no se pretende describir un estado de cosas que es, sino conducir hacia un estado de cosas que debería ser⁶².

Aunque se trata de disposiciones que afectan todo el ordenamiento constitucional y por tanto impactan a todo el sistema jurídico, a quienes va dirigida de forma prioritaria es a los poderes que crean y aplican las leyes. Ahora bien, la incidencia que tiene el principio de igualdad sobre éstos es diferente: a) un deber de igualdad en el contenido de la ley (tradicionalmente denominado *igualdad en la ley*) que obliga a quienes crean el derecho a tratar igual; b) un deber de *igualdad en la aplicación de la ley*,⁶³ que obliga principalmente a los poderes ejecutivo y judicial;

⁶¹ Al interior de diversas constituciones latinoamericanas se puede encontrar esta fórmula. Ejemplos de ello son la Constitución Argentina en su artículo 16, la Brasileña en su artículo 5, la Chilena en el artículo 19, la Costarricense en el artículo 33, la Venezolana en el 21 y la Colombiana, que en el artículo 13 señala lo siguiente: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”

De igual forma, en las constituciones europeas también podemos encontrar este principio, así la Constitución griega en su artículo 4.1, la belga en el artículo 10, la española en el 14 y la francesa, que en su artículo primero señala: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos...”

⁶² Por ello el propio Laporta añade “...que es mejor huir de fórmulas simplistas y categóricas, como <<todos los hombres son iguales>>, o <<todos somos iguales>> y partir de una formulación más analítica y articulada: por ejemplo, <<todos los hombres deben ser igualmente tratados>> LAPORTA, Francisco, J. “Problemas de la igualdad” en VARCARCEL, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 66.

⁶³ Un sector de la doctrina suele identificar las categorías de *igualdad en la aplicación en la ley* con *igualdad ante la ley*, véase GIMÉNEZ GLUK, David, *Una manifestación polémica...op. cit.* pp. 23-33. Aunque nos parece válido, aquí hemos preferido identificar la *igualdad ante la ley* como una noción genérica de la igualdad como equiparación. Así lo ha hecho el Tribunal Constitucional español que en la STC 49/82 que señala que la igualdad ante la ley contiene “...en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley, o la igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es, asimismo, igualdad en la aplicación de la

c) y un deber de no discriminación que obliga a todos. De cada uno de ellos se desprenden consecuencias jurídicas diferentes que conviene analizar por separado.

4.3.1.1. Igualdad en (el contenido de) la ley. En la actualidad el concepto de *igualdad en la ley* se refiere a la obligación de trato igual que recae de forma específica sobre el poder al que se le ha encomendado la tarea de elaborar normas. Generalmente es un deber dirigido al poder legislativo pero también obliga al ejecutivo cuando realiza funciones que son formalmente legislativas, como la elaboración de decretos. Esta obligación exige a los poderes, *prima facie*, que en el contenido de las normas no introduzcan diferencias en el trato hacia las personas. En este sentido, hoy el Congreso de la Unión en nuestro país violaría el principio de igualdad si por ejemplo, decidiera incluir un artículo en la ley de salud que excluya a las personas con VIH de los servicios médicos y hospitalarios.

4.3.1.2. Igualdad en la aplicación de la ley. Se ha señalado (sobre todo en la doctrina europea) que el deber de igual aplicación es anterior en el tiempo al de igualdad en el contenido de la ley. Ello no es del todo exacto, ambos tipos de deberes quedaron expresados en los primeros documentos del constitucionalismo contemporáneo⁶⁴. Lo que ocurrió es que, debido al predominio que el Parlamento adquirió sobre los otros poderes en Europa (no se establecieron mecanismos de control constitucional sobre ese órgano), la obligación que se desarrolló con mayor intensidad en los primeros Estados constitucionales (con excepción de Estados Unidos) durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, fue la de aplicar la ley de forma igual a todas las personas.

ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales...”

⁶⁴ En el artículo séptimo La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de se encuentra un deber de igual aplicación al señalar que “Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ellas. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados.

Y ello encuentra algunas de sus razones en el hecho de que la burguesía liberal construyó la teoría constitucional con base en la división entre Estado y sociedad. El Estado, identificado con el Poder Ejecutivo, debía ser controlado por la sociedad, cuyo máximo órgano de expresión era el Parlamento. El primer liberalismo profesó una confianza ciega al poder legislativo y miró con profundo recelo al ejecutivo. En el marco de esta teoría, el principio de igualdad tenía como uno de sus objetivos principales combatir las arbitrariedades y discrecionalidad que históricamente había impuesto el poder ejecutivo y así acabar con los privilegios que éste reproducía.

Durante el periodo de las monarquías, formaba parte de la normalidad jurídica que se aplicaran de forma discrecional, normas distintas para regular la actividad de unas personas y otras. Era común la utilización de leyes diferentes aún cuando las personas se encontraran bajo supuestos de hecho similares. Frente a ese mundo de desigualdades jurídicas, el Estado liberal persiguió como uno de sus principales objetivos que la ley se le aplicara a todas las personas sin que la administración pudiera establecer distinciones en casos similares si estas no estaban previstas en la ley. Cualquier diferencia en el trato que los operadores realizaran frente a casos similares y que no hubiera sido establecida por el legislador sería, a partir de entonces, una diferencia ilegal.

Esta obligación de igualdad en la aplicación también alcanza a los jueces. Ellos también quedan obligados por la misma norma a no tomar decisiones judiciales injustificadamente discrepantes cuando se trata de casos y personas que se encuentran en situaciones similares. De esta noción de igualdad en la aplicación de la ley se desprende en México todo el desarrollo de la jurisprudencia.

4.3.1.3. *Derecho a no ser discriminado.* En teoría, las nociones anteriores de *igualdad en el contenido de la ley* y de *igualdad en la aplicación en la ley* deberían haber sido suficientes para evitar que los poderes públicos establecieran tratos diferentes entre las personas. Sin embargo, la historia demostró lo contrario. A pesar de existir estas pretensiones normativas, millones de personas siguieron sufriendo tratos degradantes basados en sus diferencias. Por ello se buscó reforzar el principio de igualdad como equiparación con el derecho a no ser discriminado.

Como se señaló en párrafos anteriores, a partir de la segunda guerra el concepto de “discriminación” comenzó a utilizarse en una serie de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos para repudiar prácticas y actos contrarios a la dignidad humana. Frente a estas diferencias de trato establecidas con base en prejuicios negativos sobre características inmodificables, el derecho reaccionó como instrumento de protección. Después de la guerra, la discriminación se convirtió en un concepto útil para señalar y combatir actitudes odiosas, dañinas para la dignidad de las personas y, como aquí se ha dicho, que por su carácter estructural dificultan la construcción de sociedades democráticas.

De esta forma puede decirse que la prohibición de discriminación adopta una operatividad propia en el sentido de que responde a un mandato de paridad y de exclusión de diferencias de trato basadas en criterios injustificados, “odiosos”, que son identificados por el derecho como factores prohibidos.⁶⁵

El caso *Sparks v. Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority*, resuelto en Canadá en 1993 nos permite analizar la importancia y potencialidad del principio aquí explicado.

⁶⁵ Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva” en *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Navarra, núm. 44, 2001, pp. 220-225.

Este caso reviste una importancia especial por los elementos y las circunstancias que involucra. Constituye una de las interpretaciones más progresistas del derecho a la igualdad y a la no discriminación para extender el derecho a la vivienda (en lo que a tenencia se refiere) en situación extrema de vulnerabilidad y discriminación por razones de origen étnico, género, situación familiar y pobreza.

Se trató de una demanda en la que se argumentó la violación al artículo 15 (derecho a la igualdad) de la Carta de derechos y libertades de Canadá por motivos de discriminación. En el recurso presentado, se denunció que las personas residentes en viviendas sociales, propiedad del Estado, no contaban con la garantía de posesión o tenencia por razones de raza, género y situación familiar. En otras palabras, que la falta de garantía de tenencia sobre las viviendas que habitaban ciertas personas con características similares, suponía un trato diferente no razonado, basado en rasgos prohibidos como los arriba señalados.

Irma Sparks, era madre soltera, con dos hijos, afro descendiente, que dependía de la asistencia social y había vivido en viviendas estatales durante diez años. Sólo con un mes de anticipación se le notificó, sin explicar los motivos, que sería desalojada de la vivienda estatal en la que habita con su familia. De acuerdo con la Ley de Alquileres Residenciales (Residencial Tenancies Act), dichas viviendas proporcionadas por el Estado no contaban con una garantía de posesión o de tenencia. Frente a ello la señora Sparks alegó que dicha ley era discriminatoria por motivos de raza, sexo así como bases análogas de estado civil/situación familiar (madre soltera) así como por pobreza. Con base en los elementos aportados en el caso se demostró que una parte importante de las personas que habitaban las viviendas estatales tenían características muy similares a las de Irma Sparks: madres solteras, afro descendiente, en situación de pobreza. El juez de instrucción rechazó la petición al considerar que en dicho caso no podía comprobarse que existiera un trato diferenciado no justificado hacia las madres solteras, negras y pobres por estas últimas razones. La peticionaria acudió a una segunda instancia y el Tribunal de Apelaciones de Nova Scotia consideró que sí se trataba de una

situación de discriminación y anuló las disposiciones de la Ley de Alquileres que no permitía a los inquilinos de viviendas estatales tener una garantía de posesión o tenencia, sobre las viviendas estatales. El Tribunal entendió que la exclusión constituía una discriminación de efecto adverso por razones de raza, sexo, estado civil y pobreza. Sostuvo que la pobreza es una característica personal análoga a las enumeradas en el artículo 15 de la Carta de Canadá y, por ello, constituye una razón de discriminación prohibida.

En términos concretos, los resultados de dicha sentencia fueron muy relevantes puesto que se logró extender la garantía de posesión o tenencia a un número aproximado de 10.000 inquilinos de bajos ingresos de Nova Scotia. En términos jurídicos la decisión también sentó un precedente jurisprudencial muy relevante al establecer en dicha provincia que el principio de que la pobreza es una razón de discriminación prohibida. Este mismo principio fue aplicado más adelante en la misma provincia para anular restricciones en los requisitos que debían cumplir las madres solteras para acceder a asistencia social. Hoy la Corte Suprema de Canadá todavía no se ha pronunciado respecto de la cuestión de la pobreza como razón de discriminación.

El principio de que la pobreza es una razón de discriminación prohibida fue revolucionario y ha sido el centro de acciones judiciales posteriores. Desde entonces, el Comité de DESC de la ONU, la Comisión de Derechos Humanos de Canadá y el Panel de Revisión de la Ley de Derechos Humanos de Canadá recomiendan prohibir la discriminación por razones de pobreza o condición social en la legislación de derechos humanos.

Casos como este están siendo presentados en Tribunales de todo el mundo obligando a que se establezcan criterios jurisprudenciales en la materia. Dichas resoluciones han ido definiendo distintos aspectos del derecho a no ser discriminado y junto con la academia, estableciendo los límites y los alcances de este derecho. Por el tipo de problemática que se aborda en este trabajo nos

interesa destacar dos elementos de la evolución interpretativa. Estos son: 1) discriminación indirecta; 2) discriminación por particulares.

Por lo que se refiere al primer tema, conviene advertir que las formas de discriminación pueden ser directas o pero también pueden ser indirectas y producir daños iguales graves. La discriminación directa es aquel tratamiento diferenciado, basado en alguno de los rasgos prohibidos, que vulnere derechos fundamentales. Se trata de la forma más conocida de discriminación y el derecho la prohíbe.

La discriminación indirecta es aquella que se produce cuando el derecho da un tratamiento formalmente neutro entre grupos o personas que en los hechos son diferentes y por ello el grupo en posición de mayor debilidad se ve afectado. En este caso nos encontramos frente a tratamientos formalmente iguales, no discriminatorios, de los que derivan –por las diferencias reales que hay entre las personas- consecuencias desiguales perjudiciales.⁶⁶ Ambas formas de discriminación deben ser atendidas por el derecho.

Por lo que se refiere al segundo tema es necesario señalar que si bien la prohibición de discriminación es un derecho que obliga en primer término a las autoridades públicas, esto no significa que los particulares queden eximidos de la obligación de tratar igual a las personas. El derecho a la no discriminación también alcanza a los particulares y especialmente a aquellos que en una sociedad se encuentran en posición de ventaja o privilegio. Tradicionalmente los derechos humanos han sido concebidos como instrumentos de defensa ciudadana frente al Estado. Sin embargo, en sociedades actuales donde existen grandes poderes privados capaces también de producir graves violaciones a los derechos fundamentales, éstos deben poder ser frenados. Esta es la opinión de Fernando Rey quien considera que “el derecho a no sufrir discriminación...1) limita al autonomía negocial en cualquier acto jurídico-privado (contratos, testamentos,

⁶⁶ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...Po. Cit. p. 64.*

estatutos); 2) impone un deber de trato igual por parte de individuos y organizaciones que sean titulares de poder social (empresas, asociaciones, confesiones religiosas); y 3) exige el trato igual en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés público (comercios, cines, escuelas, bares, restaurantes) o que sean concesionarios de la Administración o dependan de ella en alguna medida.⁶⁷ Esto último es especialmente importante para este trabajo por lo que tiene que ver con la relación que debe existir entre ciudadanos y los concesionarios de los espacios públicos de comunicación (radio y televisión) que son hoy uno de los instrumentos más relevantes para el derecho a la libre expresión.

Así las cosas, en un primer momento la no discriminación podría entenderse sólo como un ejemplo del principio genérico de igualdad formal. O mejor dicho, como una fórmula para reforzar el principio genérico advirtiendo a los poderes públicos que existen un conjunto de supuestos/criterios prohibidos que no pueden ser utilizados como base para establecer diferencias normativas.⁶⁸ Bajo esta concepción, la discriminación es entendida sólo como sinónimo de desigualdad no razonable.

Ahora bien, en los últimos años los tribunales constitucionales han ampliado sus criterios de interpretación dando mayor alcance a las cláusulas antidiscriminatorias, señalando que la expresa referencia a criterios prohibidos de diferenciación, supone una explícita prohibición de las diferenciaciones históricas arraigadas culturalmente que han mantenido a determinados sectores de la población en situaciones contrarias a la dignidad humana. En este sentido las cláusulas antidiscriminatorias no sólo supondría una prohibición de trato diferente sino la obligación de corregir situaciones sociales y culturales injustas que han mantenido durante años y siglos a personas y grupos en situación de exclusión y

⁶⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...Op.Cit.*, p. 66-67.

⁶⁸ Martínez, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 49.

marginación.⁶⁹ Es esta idea la que permite dar el salto de la idea de igualdad como equiparación a la de igualdad como compensación.

4.3.2. *La Igualdad como compensación (igualdad material).* La igualdad como compensación se sustenta en una idea básica: *no puede ser tratado igual quien es diferente*, pues esto mantiene en una situación de desventaja a quien, dentro de la relación de poder, es más débil. Este es el caso de la igualdad formal o igualdad como equiparación, en la cual sucede, que un obrero y un patrón son considerados iguales, por lo que el segundo no tiene ninguna responsabilidad con el primero, debido a que formalmente ambos tienen la “misma posibilidad” de acceder a los bienes materiales y abstractos -derechos, poder, dignidad-. Situación, que mantiene el status de oprimido y privilegiado dentro de una determinada sociedad.

La igualdad como diferenciación (que busca revertir esta situación) es conocida también como igualdad material, real, o sustancial.⁷⁰ Se trata del “...último escalón en la evolución del principio de igualdad en el constitucionalismo... El principio de igualdad material requiere del Estado la obligación de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos”.⁷¹

La formulación constitucional clásica de dicho principio se puede encontrar en el artículo 3º de la Constitución Italiana donde se señala que “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.”⁷²

⁶⁹ Martínez, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 51.

⁷⁰ Como se habrá observado, en este trabajo se ha utilizado el término *igualdad material*.

⁷¹ GIMENEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, *op. cit.*, p. 45.

⁷² La Constitución Colombiana señala en su artículo 13 que “... El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su

Como puede observarse se trata de una norma que faculta al Estado a intervenir en las relaciones sociales con el objetivo de remover los obstáculos que impiden la igualdad real entre las personas. Es un derecho desigual igualatorio⁷³ que permite dar un trato especial más favorable a grupos históricamente marginados para que vean compensada su situación de desigualdad sustancial.

Dado que la realidad social que regula el Estado contemporáneo presenta profundas desigualdades que mantienen a personas y grupos en situación de profunda desventaja, el principio de trato igual (la igualdad como equiparación) no siempre es deseable que se cumpla. Amartya Sen, al referirse a las diferencias entre los seres humanos señala que “tenemos características y circunstancias externas diversas. Comenzamos a vivir con diferentes dotes de riqueza y compromisos heredados. Habitamos en diferentes ambientes naturales, algunos más hostiles que otros. Las sociedades y comunidades de las que formamos parte nos ofrecen diversas oportunidades de lo que podemos o no podemos hacer... también nos diferenciamos por nuestras características personales (por ejemplo, edad, sexo, capacidad física y mental). Y estas últimas son importantes para evaluar la desigualdad”.⁷⁴

En sociedades como las actuales, donde las diferencias reales entre las personas son en ocasiones tan acentuadas, existen razones de peso para que quienes diseñan las leyes y quienes las aplican introduzcan diferencias normativas de trato. Para que el derecho pueda tener una incidencia en el mundo de las desigualdades reales y opresivas, lo que los operadores del derecho deben hacer es tratar diferente a quien necesita la diferencia para poder ser iguales.

De esta reformulación contemporánea del principio de igualdad es de donde se desprende todo el debate actual sobre las medidas de igualación positiva,

condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ellas se cometan”.

⁷³ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...Op. Cit. p. 17.*

⁷⁴ Sen, Amartya, “Igualdad, ¿de qué?” en *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza editorial, pp.32-33.

acciones afirmativas, acciones compensatorias, cuotas o también conocidas como medidas de discriminación inversa.⁷⁵

Los propios Tribunales Constitucionales han ido modificando sus criterios transitando de la noción de igualdad con un sentido equiparador en un primer momento, hacia el necesario reconocimiento de las diferencias y las medidas de compensación hacia quienes han sido en los hechos históricamente marginados. Ello ha ocurrido en España⁷⁶, Alemania y con más lentitud en México. Sin embargo, hoy la Suprema Corte de Justicia ya ha establecido criterios importantes en este sentido.

Veamos el caso del Partido Acción Nacional v. Congreso Local Edo. Coahuila, de 2001, que resuelto por la SCJN en una acción de inconstitucionalidad y que nos permite apreciar lo anterior.

El 14 de diciembre de 2001 el Partido Acción Nacional presentó ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación una Acción de Inconstitucionalidad impugnando varios artículos de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila. A través de dicha ley, el Poder Legislativo local había decidido impulsar una política compensatoria de equidad de género, prohibiendo a los partidos políticos que registraran más de un 70% de candidatos a diputados que pertenecieran al mismo género. Frente a una realidad social donde la mayoría de los candidatos a puestos de representación eran varones, el legislador decidió intervenir a través de una acción compensatoria (cuota) en materia de género con la intención de compensar la discriminación histórica a la que habían sido sometidas las mujeres en el ámbito de la representación política.

Esta medida legislativa fue impugnada por el PAN, argumentando su inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 4º de la Constitución Mexicana. De

⁷⁵ Véase, Santiago, Mario, *Igualdad y Acciones Afirmativas*, IJ, UNAM, México, 2007.

⁷⁶ En España el *leadig case* que permite hablar de un antes y un después en la interpretación del principio de igualdad en materia de discriminación por razón d sexo es la sentencia STC 128/87.

acuerdo con la posición del partido "...el hecho de establecer un determinado "porcentaje máximo de participación de un solo género...trae como consecuencia el hecho de no considerar el principio de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres elevado a rango constitucional, ya que ambos, tanto hombres como mujeres tienen derecho a participar en una contienda electoral en igualdad de circunstancias jurídicamente hablando, es decir, con los mismos derechos y obligaciones..." De acuerdo con la posición del partido "El concepto jurídico de igualdad, como contenido de una "garantía individual, se traduce, pues, en un elemento eminentemente negativo: la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres en cuanto tales, provenientes de factor alguno." Con toda claridad el argumento del PAN se basó en el principio de igualdad ante la ley señalando la imposibilidad de los poderes públicos de tratar diferente a las personas.

La Suprema Corte de Justicia, en sus considerandos señaló lo siguiente:

"En principio, la igualdad jurídica constituye el conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto o persona e implica una prohibición respecto a la instauración de distinciones o diferencias entre los seres humanos en cuanto tales. En otras palabras, la igualdad como contenido de la garantía individual se apoya en que todo individuo está colocado en una misma situación, quedando prohibido a la autoridad realizar cualquier discriminación."

"No obstante, el principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato, que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho."

"Así, la noción abstracta de igualdad se ve permeada por las condiciones fácticas y sociológicas existentes, de tal manera que no siempre se puede dar el mismo trato a todos los individuos, sino que se trata de que a todos aquellos colocados

en la misma situación jurídica se les trate igual, lo que significa asimismo, que respetándose el principio jurídico de equidad, deberá darse trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.”

“Lo anterior significa que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales”

Las consideraciones arriba señaladas le permiten a la Corte hacer un ejercicio de precisión de los rasgos esenciales del principio de igualdad. Los puntos 4 y 5 establecen que:

“4.- Dicho principio de igualdad no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no estar apoyadas en criterios razonables y objetivos, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.”

“5.- Para que la diferenciación resulte apegada a la Constitución, no basta que el fin sea lícito, sino que es indispensable que las consecuencias jurídicas que resulten de la norma sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de tal manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el objetivo pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.”

Por tanto, como primera conclusión general de este primer apartado, es posible decir que el derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental con un doble rostro: a) prohibición de discriminaciones directas e indirectas y; b) mandato de acciones positivas para la igualdad real de las personas y por tanto legalidad o constitucionalidad de las denominadas discriminaciones inversas.⁷⁷

⁷⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...Op. Cit. p. 6.*

Como ya se apuntó en párrafos anteriores, esta dicotomía del principio de igualdad suele ocasionar dificultades. Como se desprende de los casos arriba expuestos, no siempre es fácil determinar cuando una medida de trato igual puede ser discriminatoria (discriminación indirecta) y por tanto constitucional, y cuando una medida de trato desigual es compensatoria y por tanto constitucional.

Por no ser objeto de este trabajo la solución de casos difíciles entre los dos rostros de la igualdad, aquí sólo resta señalar que los Tribunales Constitucionales han ido construyendo un conjunto amplio de herramientas argumentativas, basadas en las nociones de razonabilidad y proporcionalidad, para resolver de forma ponderada los casos más controvertidos sobre la materia.⁷⁸

⁷⁸ El trabajo clásico elaborado por Tussman y Tenbroek inició el esfuerzo de categorizar y sistematizar las opiniones de la Corte norteamericana sobre la materia. En dicho trabajo los autores distinguen entre las doctrina de la “clasificación razonable” y la doctrina de la “clasificación sospechosa”. *Vid.*, TUSSMAN Joseph y TENBROECK Jacobus, “The equal protection of the laws” en *California Law Review* no.3, 1949, pgs. 341 y ss.

SEGUNDA PARTE

Las tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado

I.

Pensamos que la mejor manera de comprender las eventuales tensiones entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho fundamental a no ser discriminado es mediante la ejemplificación de las mismas en casos concretos. Por ello, en este apartado del estudio, proponemos al lector dos casos ejemplares en los que se pueden observar –en el contexto de circunstancias específicas y concretas- los puntos de tensión y de conflicto entre los dos derechos que nos ocupan.

Uno de estos casos tiene naturaleza inminentemente política y generó polémica durante las pasadas elecciones legislativas en la Federación Helvética. Se trata de una propaganda electoral del candidato de la derecha nacionalista, Christoph Blocher, líder de la Unión Democrática del Centro, que resultó ganador en la contienda. Aunque el asunto se llegó a discutir, incluso, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, el caso no tuvo trascendencia jurisdiccional. A la luz de la polémica suscitada, simplemente, por decisión de los propios promotores, la propaganda fue retirada a los pocos días de su difusión en el territorio Suizo. Sin embargo, como se verá durante el análisis del caso –por su contenido y naturaleza político electoral-, se trata de un material emblemático para nuestro estudio.

El segundo caso propone problemas distintos. Se trata de la prohibición para el uso de símbolos religiosos “ostensibles” (velo, cruz, kippá) en la escuela pública francesa. Si bien el tema ha suscitado debates similares en otros países

europeos, decidimos centrar nuestra atención en el caso francés porque en dicho país se instituyó una Comisión –conocida por el apellido de su presidente como la “Comisión Stasi”- que, si bien tenía como principal finalidad reflexionar sobre la aplicación del principio de laicidad en la República Francesa, propuso interesantes reflexiones sobre los alcances del derecho a no ser discriminado que, como intentaremos demostrar, suponen algunas limitaciones a la libertad de expresión. La Comisión Stasi inició sus trabajos el 3 de julio de 2003 y estaba compuesta por 20 miembros de diferentes orígenes y formaciones profesionales. A diferencia del ejemplo anterior que no tuvo trascendencia institucional, el reporte de la Comisión que estudiaremos, constituyó la base de un proyecto de ley de iniciativa gubernamental que fue aprobada el 10 de febrero de 2004 por la Asamblea Nacional (494 votos a favor, 36 en contra y 31 abstenciones). El proyecto se convirtió en ley en Francia el 3 de marzo con la aprobación del Senado con 276 votos a favor y 20 en contra. De ahí también la relevancia del ejemplo que hemos elegido.

II.

Antes de entrar al análisis de nuestros dos ejemplos, conviene recuperar los supuestos en los que, siguiendo el derecho internacional y comparado, se acepta imponer restricciones a la manifestación de las ideas. Es decir, las situaciones generales en las que es legítimo limitar la libertad de expresión. Y, en particular, es oportuno identificar cuándo esos límites se fundamentan en el principio de igualdad que ofrece sustento al derecho a no ser discriminado. Ello, por supuesto, sin olvidar que la libertad de expresión es un derecho que, por decirlo de alguna manera, lleva la preferencia sobre los demás. Y, por ello, como sabemos, el Comité de Derechos Políticos y Civiles de la ONU, ha sostenido que, 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”.

En términos generales, al tratar el tema de los límites a la libertad de expresión parece sensato recuperar la lógica de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, que acepta que es lícito imponer ciertos límites a este derecho cuando existe un “peligro cierto y actual” (*clear and present danger*) de que ciertas expresiones pongan en riesgo un interés superior (*compelling interest*) del Estado (por ejemplo, a las instituciones democráticas).

Esa sería la misma lógica que, al resolver algunos casos emblemáticos, ha adoptado el Tribunal Constitucional español. En nuestro estudio recuperamos un caso en el que la publicación de unos tebeos que ridiculizaban al pueblo judío no obtuvieron la protección de la justicia por ser expresiones “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”.

Así las cosas, la democracia y los derechos fundamentales, en general, son bienes que, en ciertos contextos particulares, pueden justificar algunas restricciones a la libertad de expresión. En particular, es ampliamente aceptado que el lenguaje o las ideas que incitan al odio y a la violencia pueden poner en peligro a la convivencia pacífica democrática y, por lo tanto, no merecen –en la mayoría de los casos- protección legal o judicial. En este sentido, como ya lo hemos advertido en su momento, es emblemático para nuestro estudio el artículo 20 del pacto de Derechos Civiles y Políticos: “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”.

Este artículo tiene especial relevancia para nosotros porque señala de manera expresa que la apología del odio –que es una manifestación de ciertas ideas- puede constituir incitación a la discriminación y, por lo mismo, debe prohibirse mediante la ley. En esta disposición la discriminación se coloca a la par de la hostilidad y la violencia y no se limita a las cuestiones raciales sino que se amplía al ámbito de la pertenencia nacional y religiosa. De hecho, si lo interpretamos adecuadamente, vale para cualquier tipo de discriminación: no olvidemos que la xenofobia, el racismo, la misoginia, la homofobia, el clasismo, pueden ser todas consideradas formas de discriminación, basadas respectivamente en el origen étnico, el color de piel, el género, las preferencias sexuales o la condición social. Y que, en esa medida, todas ellas constituyen formas de violencia y de hostilidad hacia los demás.

Esto es claro cuando identificamos el sentido de esta disposición: la apología del odio en contra, sobre todo de los más débiles, al igual que la propaganda a favor de la guerra, deben quedar expresamente prohibidas por la legislación de los estados democráticos y constitucionales porque constituyen una amenaza para los principios y valores que dan sustento y, al mismo tiempo, son la finalidad de esa forma de organización política. Es decir, para la igualdad en derechos

fundamentales sin ningún tipo de discriminación y para la convivencia pacífica entre los seres humanos. De lo contrario, si la apología del odio que incita a la discriminación no se prohíbe, parecería sugerir esta disposición del Pacto de Derechos Políticos y Sociales, se pone en peligro el principio de igualdad que se traduce en disposiciones como el párrafo tercero de nuestra constitución que, en sintonía con el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prohíbe “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

No hay que perder de vista que lo que está en juego es, por un lado, la dignidad de aquellas personas que son estigmatizadas con un prejuicio no justificado que las minusvalora, produciendo un daño individual grave, vinculado con la autoestima y, por otro lado la posibilidad de construir una sociedad de iguales en la que todos pueden alcanzar una vida digna. De ahí que al prohibirse la apología del odio que incita a la discriminación se esté protegiendo la igual dignidad de todas las personas y, al mismo tiempo, las condiciones que hacen posible la construcción de una sociedad democrática.

Pero es importante advertir que la prohibición que se desprende del artículo 20 del Pacto de los derechos Políticos y Sociales no implica que la discriminación provenga directamente de la manifestación de ideas que constituyen una apología al odio. Dichas ideas, en sí mismas, quizá pueden no constituir un acto discriminatorio pero lo que importa –y lo que justifica su prohibición- es que inducen, conducen, incitan y, por lo mismo, eventualmente provocan actos discriminatorios. Es dicha inducción, conducción o incitación lo que justifica que se impongan límites en forma de prohibiciones a la manifestación de las ideas en cuestión. Ello aunque el acto o la acción discriminatoria – que se encuentra

prohibida en sí misma y, en su caso, sería objeto de una sanción independiente-
pudiera no verificarse⁷⁹.

En México, como ya sabemos, la constitución en su artículo 6º contempla cuatro causales por las 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. La causal que se refiere a los “derechos de tercero” es la que nos interesa por el momento porque parece atinado sostener que esos derechos son los derechos fundamentales de todas las personas y, por lo tanto, incluyen el derecho a no ser discriminado establecido por el artículo 1º constitucional.

⁷⁹ De hecho, si pensamos en casos emblemáticos como la negación del holocausto (o del genocidio armenio), podríamos concluir –como, de hecho, lo ha sostenido recientemente el Tribunal constitucional español- que lo censurable es la apología del odio por sus posibles efectos y no tanto el contenido del mensaje. Sin duda la sentencia del Tribunal de noviembre de 2007 es polémica pero ofrece una defensa de la libertad de expresión sumamente interesante.

III.

Un aspecto de la mayor importancia cuando analizamos el tema de las limitaciones o restricciones a un derecho tan especial como la libertad de expresión es el que se refiere al tipo de sanciones que deben corresponder a la violación de los mismos. Es más fácil alcanzar un consenso en torno de los supuestos en los que dicha libertad debe limitarse y, por lo tanto, sobre las expresiones que en términos generales –propaganda de la violencia y de la guerra, discurso o apología del odio, etcétera- deben estar prohibidas que sobre el tipo de sanciones que deben corresponder a la manifestación de las mismas.

Dado que este no es el argumento central del presente estudio nos limitamos a señalar que, en términos muy generales, una vez que existe un acuerdo sobre las restricciones legítimas y, por lo mismo, sobre las prohibiciones sensatas, el dilema se centra en la naturaleza de las sanciones que deben corresponder a las violaciones de las mismas. La disyuntiva en sentido amplio se presenta entre sanciones de tipo civil (típicamente pecuniario) o de tipo penal. La cuestión no es menor y es objeto de un debate abierto. Como hemos evidenciado en este mismo estudio, por ejemplo, algunos países como Austria y Francia han optado por castigar penalmente a quienes han negado con afanes de revisionismo histórico eventos infaustos como el holocausto o el genocidio armenio mientras que otros como España –por decisión de su Tribunal Constitucional a finales de 2007- han derogado las sanciones penales correspondientes.

Por tratarse de un derecho fundamental de la mayor importancia, en principio, los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión, cuando deban ser sancionados, deben ser objeto de castigos de naturaleza civil y no de carácter penal. Estos últimos, en todo caso, deben recaer para los actos que hayan sido provocados, incitados, motivados, inspirados, etcétera, por las expresiones en mérito y en los que la discriminación o la violencia se materialicen.

IV.

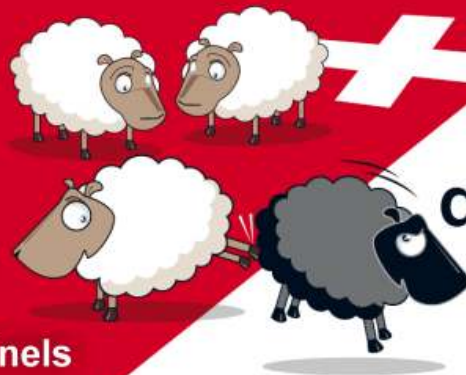
Invitamos al lector a reconstruir la imagen en su cabeza: dentro del espacio ocupado por la bandera suiza –dentro del *territorio*- se ubican tres ovejas blancas; dos que se miran recíprocamente y una que, mediante una patada doble con las patas traseras, “expulsa” de esa tierra del privilegio a una oveja negra que representa al inmigrante ilegal. Las cuatro figuras están dibujadas de una manera simple y amable: son unas simpáticas caricaturas aparentemente inofensivas. Pero el mensaje es nítido y claro: “Para tener más seguridad” debemos expulsar a los inmigrantes ilegales. El trasfondo racista tampoco puede ocultarse: el inmigrante ilegal *negro* es un delincuente potencial, constituye una amenaza para la seguridad de los suizos *blancos*. Si no nos cree, vea la caricatura en la página siguiente.

Se trata de unos carteles publicitarios de la campaña electoral de Christoph Blocher, multimillonario ministro de Policía y líder de la UDC, Unión Democrática del Centro (organización política de derecha nacionalista) durante las elecciones del parlamento federal en Suiza del 2007. El carácter racista y xenófobo de la propaganda generó reacciones, incluso, en el seno de las Naciones Unidas. Y no era para menos si tomamos en cuenta que dentro de las propuestas electorales del candidato (cuyo partido ganó 62 de los 200 escaños del Consejo Nacional; esto es, la Cámara Baja del Parlamento helvético), se encontraba derogar las leyes que prohíben el discurso racista por considerarlas “una represión de la libre expresión”. De hecho, Blocher declaró que las normas que condenan la discriminación racial y el negacionismo le provocaban “dolor de estómago”⁸⁰. No es difícil imaginar la agenda política del personaje que incluye propuestas como expulsar a los menores delincuentes extranjeros junto con toda su familia, la

⁸⁰ Las palabras textuales fueron: “El artículo antirracismo me revuelve el estómago”. Esto en referencia al Artículo 261 del Código Penal de Suiza, conocido también como la Norma Penal Antirracismo. Cfr., El País, 14 de octubre de 2007.

HOME

Initiative populaire
pour le renvoi
des étrangers criminels



Pour plus
de sécurité



prohibición de construir minaretes en las Mezquitas, la reducciones radicales a las ayudas a los inmigrantes, etcétera.

Lo que nos interesa subrayar es que el cartel en cuestión, si bien constituye una manifestación de determinadas ideas políticas y, por lo mismo, en principio, goza de la protección de la libertad de expresión; también incita al odio y a la discriminación. La tensión entre los dos derechos que son materia de este estudio es evidente: por un lado tenemos la libre expresión de las ideas en un ámbito particularmente delicado y protegido como lo es la discusión política –ello sobre todo, en una sociedad democrática que pretende que su debate público sea “desinhibido, robusto y abierto”- y, por el otro, el derecho a no ser discriminados de personas que pertenecen a un grupo particularmente vulnerable en la Europa de hoy (los inmigrantes legales e ilegales) cuyo derecho a la igualdad –como *diferenciación* y, sobre todo, como *equiparación*- es constantemente violentado.

Ya sabemos que es posible responder afirmativamente a la siguiente pregunta: ¿puede la libertad de expresión (su ejercicio) vulnerar el derecho a no ser discriminado? La respuesta es positiva, como lo indica el artículo 20 del Pacto de Derechos Políticos y Sociales, cuando ciertas expresiones constituyen una apología del odio que puede inducir a la discriminación. La pregunta que queda por hacernos es si el cartel de la UDC durante la campaña del 2007 se ubica en ese supuesto y, por lo tanto, constituye una manifestación de ideas que vulnera la prohibición de no incitar a la discriminación. Para responder a esta pregunta de manera satisfactoria sería necesario realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos involucrados que rebasa nuestras posibilidades en este estudio⁸¹. Sin embargo, si nos encontramos en condiciones de ofrecer algunas directrices

⁸¹ Recordemos 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; 4) formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso.

generales que, lejos de zanjar de manera definitiva el asunto, permitan dar algunas luces para una posible solución.

En Suiza, existe una disposición vigente desde 1995, el artículo 161 del Código Penal, que reitera lo establecido por el artículo 20 del multicitado Pacto de Derechos Políticos y Sociales:

“Discriminación de razas...

Quien públicamente llame al odio o a la discriminación de una persona o un grupo por razón de su raza, etnia o religión,

Quien públicamente divulgue ideologías que sistemáticamente denigran o desprecian a los integrantes de otra raza, etnia o religión,

Quien organice, patrocine o participe en acciones de propaganda que tengan el mismo objetivo,

Quien públicamente a través de la palabra, la escrita, la imagen, la plegaria, la acción u otro medio discrimine o denigre, violando la dignidad humana, a otra persona o a un grupo por razón de su raza, etnia y religión y por esa misma razón niegue, desdramatice o justifique el genocidio y otros delitos contra la humanidad,

Quien niegue sus servicios profesionales, ofrecidos normalmente al público en general, a una persona o a un grupo por razón de su raza, etnia y religión,

...estará sujeto a multa o prisión.”

Así las cosas, es posible afirmar que en ese país existe una disposición legal expresa que restringe la libertad de expresión. Esto no es baladí porque, como sabemos, sin la existencia de una disposición legislativa sería injustificado imponer límites a dicho derecho fundamental. Así las cosas, desde nuestra perspectiva, el cartel de la campaña de Blocher sí vulnera el derecho a no ser discriminado de los inmigrantes ilegales –no está de más recordar que los derechos fundamentales son derechos universales de todos los individuos sin importar su status migratorio en un territorio determinado⁸²- que se encuentran en Suiza.

⁸² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

Esto es así porque es un discurso (un mensaje) que llama a la discriminación de las personas inmigrantes por su status migratorio pero, dado el color de la oveja expulsada del territorio de la bandera suiza, también por su raza. Se trata de un mensaje que, desde nuestra perspectiva, tiene la intención inequívoca de subrayar la diferencia racial entre los suizos y los extranjeros inmigrantes con lo que se vulnera también el derecho a la no discriminación de los migrantes legales en el territorio de la confederación helvética. Esto, aderezado, con la asociación expresa entre inmigración (ilegal) y delincuencia o inseguridad. La Unión Democrática del Centro, entonces, con toda evidencia, patrocinó propaganda escrita que llama a la discriminación de una persona o de un grupo de personas por su status legal, su situación de extranjería y su raza.

Por lo anterior, pensamos que en este caso sí se violaron los límites a la libertad de expresión. Situación que, además, generó tensión política y alteró la convivencia pacífica en aquel país. El primer fin de semana de octubre de 2007, por ejemplo, en las calles de Berna se enfrentaron a golpes unos “10,000 partidarios de la UDC-SPV y varios miles activistas de movimientos izquierdistas, antirracistas, ecologistas y pro-derechos humanos”⁸³. Ello a causa del cartel que hemos analizado y del discurso racista y xenófobo que acompañó su distribución. El saldo de esa batalla, fue de 48 heridos y destrozos por decenas de miles de euros. Así las cosas, también desde esta perspectiva, nos parece que habría sido justificado limitar la libertad de expresión de dicha fuerza política y, en consecuencia, prohibir la difusión de esa propaganda y, en su caso, imponerle las sanciones pecuniarias correspondientes.

⁸³ Cfr. El País, 14 de octubre de 2007, cit., p., 12.

V.

El otro caso que hemos elegido es considerablemente distinto. Como bien sabe el lector, en los últimos años –sobre todo a raíz de las fuertes olas migratorias desde países de religión mayoritariamente musulmana a los países de Europa Occidental-, el tema del “velo islámico” y su uso en ciertos ambientes ha sido moneda corriente en el debate europeo. La discusión sobre el uso de símbolos religiosos ostensibles, como es el caso del velo mismo, ha sido particularmente relevante en espacios específicos como la escuela o las oficinas públicas. Algunos países, asumiendo una postura totalmente liberal, han decidido que no existen razones para prohibir o limitar el uso de los símbolos religiosos –vestimentas, adornos, objetos, etc.- que las personas quieren ostentar en ninguna circunstancia. Otros países, en cambio, han sostenido que el uso de determinados símbolos religiosos, en ciertos contextos, no constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión sino que puede ser una amenaza para principios fundamentales en un estado democrático como lo es la laicidad del estado e, incluso, puede propiciar actos discriminatorios.

Este es el caso de Francia desde 2003. Si bien la legislación francesa en la materia -resultado de los trabajos de la llamada Comisión Stasi- se fundamenta, sobre todo, en el principio de la laicidad estatal -que, para la comisión, se basa en tres valores fundamentales: libertad de conciencia, la igualdad en el derecho a las opciones espirituales y religiosas, la neutralidad en el poder político-, lo cierto es que también encuentra su anclaje en el derecho a no ser discriminado⁸⁴. En este estudio por evidentes razones, centraremos nuestra atención únicamente en esta segunda vertiente del problema. Sin embargo, conviene advertir que, para la Comisión Stasi, la laicidad tiene una estrecha relación con la libertad de expresión porque implica que el estado debe procurar una educación que permita que cada uno se forje una autonomía y una libertad de juicio. Asimismo, conviene advertir

⁸⁴ Cfr., Rapporto sulla laicità. Il testo della Commissione francese Stasi (Velo islamico e simboli religiosi nella società europea), Italia, Libri Scheiwiller, 2004

que, para la Comisión, la laicidad en Francia está "sostenida en una visión fuerte de la ciudadanía que supera las pertenencias comunitarias, confesionales o étnicas⁸⁵". Esta visión individualista es muy relevante para entender en qué sentido, desde la perspectiva de sus miembros, el uso de algunas vestimentas o símbolos religiosos puede sentar las bases para actos discriminatorios.

En principio, el uso de símbolos religiosos constituye una manifestación de la libertad de expresión que no entra en conflicto con el principio de igualdad. De hecho, en la misma Francia, en 1989, se había presentado ante el Consejo de Estado un caso relacionado con el uso del velo islámico que generó una primera regulación en la materia pero que no estuvo motivada en reflexiones relacionadas con la discriminación entre hombres y mujeres. Sin embargo, en 2003 el informe de la Comisión Stasi se basó en gran medida en el reconocimiento indiscutible de que el principio de la "igualdad entre el hombre y la mujer" es un principio fundamental que todo Estado democrático debe salvaguardar.

Para los miembros de la Comisión algunas prácticas religiosas son causa de situaciones francamente discriminatorias: mujeres que se niegan a prestar ciertos servicios de emergencia a hombres; mujeres que no aceptan ser atendidas por varones en los hospitales; maridos que rechazan que sus mujeres sean visitadas por médicos varones; estudiantes mujeres que no quieren realizar prácticas deportivas en las escuelas, etcétera. Incluso, según la Comisión, existen prácticas 'autodiscriminatorias': mujeres que pierden oportunidades de trabajo por usar el velo o que rechazan promociones para evitar coordinar los trabajos de colaboradores de sexo masculino. Esto, en ocasiones, según se argumentó en el informe de referencia, muchas veces es promovido por grupos organizados, por activistas religiosos⁸⁶. Esas prácticas tienen un talante comunitario/religioso y, según el informe de la Comisión, rompen con el principio de la igualdad entre

⁸⁵ Ibid., p. 8.

⁸⁶ Sobre este argumento ver las pp. 57-60 del informe.

hombres y mujeres porque colocan a estas últimas en una situación de marginación.

El velo, según los miembros de la Comisión Stasi, es un símbolo de dichas discriminaciones intolerables⁸⁷. Y, por lo mismo, su uso debe prohibirse –junto con el de otros símbolos religiosos ostensibles- en la escuela pública. Con las palabras de los miembros de esa importante comisión: "La República no puede seguir sorda ante el grito de ayuda que proviene de estas jóvenes (que son presionadas en su ambiente social o familiar para que porten un símbolo de su religión que autónomamente no portarían). Es necesario que el espacio escolar siga siendo para ellas un lugar de libertad y de emancipación"⁸⁸. Así las cosas, para decirlo en sentido inverso, las jóvenes musulmanas perdieron el derecho de portar el velo durante las horas de escuela en Francia⁸⁹. Ello, conviene reiterarlo, según la Comisión Stasi, con la finalidad de evitar las discriminaciones que puede implicar el uso del mismo.

Pero, ¿estamos seguros que el uso del velo es siempre una imposición de la familia, la comunidad, el grupo, etc.? De ser así, la conclusión de la Comisión Stasi es la adecuada porque no nos encontraríamos siquiera frente a un conflicto de derechos: el uso de esa indumentaria nunca sería la manifestación libre de una pertenencia religiosa y, en ese sentido, una forma de libre expresión- sino una imposición heterónoma y, por lo tanto, ilegítima. Prohibir el uso de esa vestimenta en esas circunstancias sería, en efecto, una manera de combatir un símbolo de discriminación inaceptable. Discriminación que, en ese supuesto, estaría dirigida

⁸⁷ Ciertamente, en su informe, los miembros de la Comisión Stasi, además del velo, se refieren a prácticas como la mutilación sexual, la poligamia, el repudio, los matrimonios acordados, etc. Prácticas, según se dice, de las comunidades turca, magrebina, africana y paquistaní. Cfr., *ibid.* P. 66

⁸⁸ *Ibid.*, p. 75. Según los miembros de la Comisión, el combate de las discriminaciones sociales y urbanas es una prioridad nacional. *Ibid.*, pp. 67, 68, 69.

⁸⁹ El argumento de la Comisión fue el siguiente: "La escuela no debe estar a parte del mundo pero los estudiantes deben estar protegidos de los 'furores del mundo'. Ciertamente la escuela no es un santuario a parte del mundo real, pero debe garantizar una especie de distancia (separación) respeto del mundo real, para permitir el aprendizaje", p. 73. Por lo que hace a la universidad se señala que la situación es completamente diferente: ésta debe estar completamente abierta al mundo externo.

contra las personas que forman parte de un grupo vulnerable sobre todo en el ámbito dominado por la religión musulmana. Así las cosas, insistimos, la prohibición parecería justificada.

Sin embargo, según han mostrado algunos estudios sociológicos y han argumentado diversas jóvenes musulmanas dentro y fuera de Francia, para algunas mujeres el uso del velo (del *chador*, de la *hijāb*, etc.), en realidad, es la manifestación de una pertenencia o la expresión de un conjunto de ideas no sólo de carácter religioso. Incluso, algunas jóvenes, han manifestado encontrar en ese símbolo –aunque parezca paradójico– un símbolo de modernización y una forma de emancipación ante las generaciones de sus padres y otras, precisamente en virtud de la prohibición estatal que no les permite usarlo en ciertos ambientes, ven en esa prenda un símbolo de protesta⁹⁰.

Más allá del número de muchachas que efectivamente se encuentren en esta situación –que, sin dejar de ser un dato relevante, es materia para reflexiones de otra naturaleza– lo cierto es que la posibilidad real de que estas posiciones se presenten en los hechos nos obliga a mirar el tema desde otra perspectiva: ahora sí parecería existir un conflicto entre derechos fundamentales. Conflicto en el que, en este caso, nos parece, debe prevalecer la libertad de expresión. La discriminación contra las mujeres, en todo contexto y circunstancia debe, sin duda, combatirse. Pero la prohibición de usar el velo no parece ser una medida efectiva para hacerlo. De hecho, para algunas mujeres, paradójicamente, esa prohibición constituye un acto de represión adicional: una limitación injustificada a su libertad de expresión.

⁹⁰ Rivera, A., “L’interdetto del ‘velo’: antropologia di una contesa pubblica” en *Parolechiave*, 33, 2005, pp. 171-189.

VI.

Con los dos casos que hemos reconstruido brevemente, hemos intentado demostrar que en los hechos es posible que se presenten situaciones de tensión real entre los dos derechos que nos ocupan. Asimismo, hemos mostrado que las soluciones para cada situación no son fáciles y que no pueden constituir un precedente definitivo para resolver casos futuros.

En el primero de nuestros ejemplos, la propaganda política en la campaña electoral suiza, nosotros concluimos que era legítimo limitar la libertad de expresión porque los carteles publicitarios analizados incitaban a la discriminación de las personas inmigrantes ilegales e, incluso, dado su talante racista, de los inmigrantes legales. La asociación que se propone en la propaganda de marras entre inmigración y delincuencia e inseguridad nos pareció, simple y llanamente, inaceptable.

En el segundo de los casos, en cambio, dadas las dificultades objetivas para sentenciar de manera categórica –como lo hizo la Comisión Stasi- que el uso del velo islámico comporta una discriminación a las mujeres, hemos sostenido que la prohibición de usarlo en la escuela es injustificada. Nos parece que, en este caso, la libertad de expresión que puede materializarse en el uso de esa indumentaria debe prevalecer sobre las eventuales violaciones al derecho de no discriminación que podrían derivarse al permitir su uso en el ámbito escolar.

En ambos eventos, a pesar de las dudas que nos siguen invadiendo, hemos intentado argumentar racionalmente nuestra postura pero, como en estos casos no existen respuestas definitivas, dejamos al lector la última palabra.

Las relaciones positivas entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado

I.

Como se ha señalado en la introducción de este trabajo y en el apartado anterior del mismo, es cierto que en ocasiones existen importantes tensiones entre el derecho a la libertad de expresión (libertad) y el derecho a la no discriminación (igualdad); sin embargo, como se habrá de exponer en este tramo del documento, también es posible encontrar sinergias positiva entre ambos, de tal forma que cada uno de ellos pueda funcionar como garantía del otro.

Si se acepta, como se hace en este trabajo, que hoy los derechos fundamentales cumplen la función de proteger la igual libertad o la igual dignidad de todas las personas al interior del Estado Constitucional, la supuesta contraposición de origen y de fondo que el liberalismo clásico plantea entre derechos de igualdad y derechos de libertad tiende a difuminarse.

Conviene recordar que la distinción tajante entre derechos de igualdad y derechos de libertad fue una concepción dominante durante el periodo de la guerra fría. Ello hasta tal punto que, en 1966, se aprobaron dos Pactos Internacionales diferentes⁹¹ con base en los cuales se separó como especies diferentes a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos sociales y culturales. De acuerdo con el punto de vista de la época, los primeros estaban vinculados con la idea de libertad mientras los segundos con la de igualdad. Sin embargo, una vez finalizado el período de polarización entre los dos ejes del mundo, fue posible comenzar a reconstruir la teoría de los derechos humanos con base en las tesis de la indivisibilidad y la interdependencia de los mismos. Hoy, ambos principios están ampliamente reconocidos en el ámbito internacional de los derechos humanos y

⁹¹ Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

su establecimiento positivo lo encontramos en múltiples Declaraciones y Convenciones.⁹² Si ello es así, se debe en gran medida al consenso que se ha ido construyendo en el ámbito internacional de los derechos en torno a la idea de que todos los derechos fundamentales (civiles, políticos, sociales), en línea de principio, están dirigidos a tutelar la igual libertad o la igual dignidad de todas las personas.

Y ello debido a que el concepto de vida digna se relaciona con elementos negativos y positivos. Los negativos entendidos como aquellos que permitan frenar la intervención arbitraria de los poderes públicos (y también a los privados) con el objetivo de preservar la integridad física y minimizar las situaciones de daño. Los positivos como aquellos que permitan maximizar la autonomía y el libre desarrollo. Como señala Pisarello, "...(e)l principio de dignidad estaría por tanto relacionado con la protección de las libertades, la satisfacción de necesidades que permitan perseguir libremente planes de vida, así como con la posibilidad de que las personas puedan participar en la construcción de la vida social."⁹³

El fundamento de lo anterior resulta bastante obvio. Está claro que sin derechos sociales, los civiles corren el riesgo de verse vaciados de contenido; por ejemplo, el derecho a la expresión poco significa para quien padece hambre, o carece de un espacio donde refugiarse. Sin embargo, también es importante reconocer que la conquista de derechos como la vivienda o la salud depende en importante medida de la posibilidad de tener aseguradas libertades civiles y políticas.

Por tanto, es correcto decir que todos los derechos persiguen la igual dignidad de todas las personas, la cual se encuentra estrechamente ligada con ciertas libertades fundamentales y necesidades básicas que se encuentran unidas en una

⁹² Un ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en el punto 1.5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 de las Naciones Unidas donde se determinó que todos los derechos son interdependientes y están relacionados entre sí, debiendo la comunidad internacional darles a todos el mismo peso A/CONF.157/23 12 de julio de 1993

⁹³ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías; elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p.39

relación de interdependencia e indivisibilidad. De ahí que derechos civiles y políticos como el derecho a la información, al debido proceso o a la expresión sean instrumentos centrales para asegurar la eficacia de otros derechos como la salud o como la no discriminación. Tener un debido proceso permite a una persona o grupo denunciar y combatir alguna posible discriminación. De igual forma, la libertad de expresión puede colaborar de forma importante a eliminar conductas discriminatorias. De hecho el acceso restringido a los espacios de comunicación puede ser vista, en sí misma, como una forma de discriminación que vulnera el derecho a la igual libertad de expresión de todas las personas⁹⁴

La teoría de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos ha conducido a una parte importante de las instituciones de Naciones Unidas a considerar que no hay razones para establecer diferentes obligaciones entre unos derechos y otros. De acuerdo con esta posición, de todos los derechos derivan las mismas obligaciones de respeto, protección y garantía. La obligación de respeto impide a los poderes llevar a cabo interferencias arbitrarias; la de protección exige a los Estados actuar para evitar que terceros (por ejemplo poderes privados) vulneren los derechos de las personas; las obligaciones de garantía o cumplimiento exigen a las autoridades intervenir de forma activa, a través de medidas o políticas, en la defensa de los derechos.⁹⁵

En relación con el derecho a no ser discriminado, ya ha quedado bastante claro en los apartados anteriores del trabajo que éste supone la obligación de no llevar a cabo acciones que traten de forma desigual a las personas cuando no existe justificación para ello (obligación de respeto), pero también existe la obligación por parte del Estado de instrumentar medidas positivas para que los poderes privados no incurran en actos discriminatorios (directos o indirectos) y también para que las

⁹⁴ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales... Op. Cit.*, p. 40.

⁹⁵ Esta línea interpretativa de las obligaciones de los Estados parte de los trabajos de Fried van Hoof o Asbjorn Eide, sin embargo, en la actualidad ha sido retomada por algunos de los Comités de derechos humanos como es el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que en sus observaciones generales se refiere a estos tres tipos de obligaciones generales. Para una síntesis del debate véase, Abramovich, Víctor, Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derecho exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 28 7 ss.

personas que han sido históricamente discriminadas, dejen de serlo (obligaciones de protección y cumplimiento)

En el caso del derecho a la libertad de expresión sucede lo mismo. El Estado debe de evitar interferir de forma arbitraria en la libertad que las personas tienen de expresar su opinión (ello incluiría, por ejemplo, la libertad negativa a no ser interferido de manera arbitraria en el manejo y control de espacios de comunicación (radios comunitarias), pero también debe impulsar un conjunto de medidas pro activas que permitan a todas las personas, especialmente a las más vulnerables, poder acceder a los espacios más importantes de expresión (espacios radioeléctricos). En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de derechos Humanos en su Opinión Consultiva no. 5 donde ha señalado que “La libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación o más exactamente que no haya individuos o grupos que *a priori* estén excluidos del acceso de tales medios”.⁹⁶

Como lo ha destacado Owen Fiss,⁹⁷ en la actualidad el debate sobre libertad de expresión ya no puede quedar girando en torno a la figura de aquella persona que acude a una plaza pública a criticar rudamente al gobierno. En la actualidad el carácter del debate público y la discusión sobre la libertad de expresión está determinado, no por lo que ese ciudadano de a pie puede decir frente a otros ciudadanos o frente a las autoridades, sino por los medios masivos de comunicación y el impacto que estos son hoy capaces de tener sobre una comunidad política y sobre la libertad y los derechos de los ciudadanos.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva O5/85 del 13 de noviembre de 1985.

⁹⁷ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, p. 12

II.

Por tanto, hoy algunos de los grandes debates entre libertad de expresión y no discriminación giran en torno a las posibilidades reales de acceso de las personas, o grupos, a los medios de comunicación.⁹⁸ Algunos de los problemas que hoy se le están planteando al derecho son cómo resolver la tensión entre los privilegios que en la actualidad tiene algunos sectores de la población para acceder a las concesiones públicas, sobre las frecuencias radiofónicas o televisivas, y las trabas y dificultades que padecen otros. También se plantean preguntas en torno a los contenidos, en muchas ocasiones discriminatorios, que los medios de comunicación colocan ante la opinión pública. El debate tiene muchas aristas pero en cualquiera de ellas tiene enorme relevancia si pensamos que la expresión de opiniones en los medios de comunicación es fundamental para la autodeterminación colectiva. No puede pasarse por alto que dichos espacios de expresión son de enorme relevancia política, requeridos por los sectores en situación de discriminación, para luchar contra las peores formas de exclusión que padecen.

Tradicionalmente, en el debate sobre libertad de expresión, el Estado era concebido como el enemigo natural de quienes buscaban expresar sus ideas. Eran los centros de poder estatal quienes intentaban silenciar a ese ciudadano activo que decidía hablar en contra del gobierno. Sin embargo, hoy también es posible encontrar en el Estado una fuente de libertad para los ciudadanos de a pie -especialmente para los más vulnerables- al ser garante de los derechos frente a los poderes privados de la comunicación. El Estado puede emprender acciones importantes para universalizar el derecho a la libre expresión y asegurar que más actores sociales sean capaces de colocar sus demandas en los modernos foros

⁹⁸ En este mismo sentido, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en su informe sobre la visita oficial a México, realizada en junio de 2003, recomienda que “deberá legislarse para permitir el libre acceso de las comunidades y pueblos indígenas a las ondas de radio, televisión y otros espacios informáticos, otorgando los permisos correspondientes sin cortapisas y modificando la legislación en caso necesario”

públicos. En este sentido parece existir una importante transformación conceptual que va desde una teoría libertaria de la libre expresión hacia una teoría democrática de la misma. Y esto tiene especial importancia en sociedades donde es necesario eliminar los prejuicios indignos que pesan sobre grandes colectivos de personas y que impiden el ejercicio de sus derechos

El debate ya ha sido planteado en Estados Unidos y hoy tienen enorme vigencia en nuestro país. Por ejemplo, en 1990 la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Metro Broadcasting Inc v. FCC* declaró válida una política de la Federal Communications Commission (FCC) que daba preferencia a las minorías raciales en el momento de conceder licencias de radiodifusión. Las razones de las que partió el máximo Tribunal (en una decisión dividida) se basaron en la idea de que la raza era un criterio indirecto para medir la variedad de los puntos de vista y que los propietarios minoritarios ejercerían la discrecionalidad que el mercado les dejaba para diversificar la programación y enriquecer el debate público.⁹⁹ En este caso se argumentó que si la diversidad de puntos de vista había sido un criterio aceptado en otros casos anteriores (caso *Blake*) para impulsar acciones afirmativas en la educación universitaria a favor de ciertos grupos raciales, también debería poder operar para justificar la relación de esos grupos raciales con las ondas radioeléctricas.

En México, como se señaló en uno de los apartados anteriores, se ha impuesto como una obligación constitucional hacia el Estado, “Establecer condiciones para que los pueblos y comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación...”¹⁰⁰ A pesar de ello en reformas recientes a las leyes específicas sobre comunicación, radio y televisión el legislador hizo caso omiso de esta obligación. Frente a dicha situación un grupo de Senadores de la República se manifestaron, a través de una Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 en contra de la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión.

⁹⁹ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión...Op. Cit.* p.100.

¹⁰⁰ Apartado B) fracción VI del artículo 2º Constitucional.

En el Décimo Cuarto concepto de validez de dicha acción, se señaló que diversos artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión son violatorios del artículo 1º y 2º de la Constitución puesto que vulneran los derechos de los pueblos indígenas para adquirir, operar y administrar medios de comunicación. Se señala en dicho apartado de la Acción que el legislador no hizo referencia alguna a la materia cuando era obligación del legislador garantizar el acceso de los pueblos a los medios "...en condiciones de igualdad con los demás solicitantes, esto es eliminar situaciones de desigualdad manifiesta y procurar el cumplimiento exacto de la garantía de igualdad constitucional." En relación con este tema el Ministro Genárgo Góngora Pimentel emitió un Voto particular en el que señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo constitucional arriba citado

"...resulta palmario que el Estado mexicano se encuentra obligado, no como una cuestión decidible, a emitir las disposiciones normativas en las que atendiendo a la situación real de desventaja que tienen en nuestro país las comunidades indígenas, establezca condiciones para garantizar el acceso efectivo de éstos a los medios de comunicación. En efecto, el legislador debe dictar acciones afirmativas para disminuir su desigualdad real. Esta acción, a diferencia de la discriminación negativa, pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en acceso a distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes con el objeto de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos y compensarlos por los prejuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado."

La pregunta que se hace desde el ámbito jurídico es cómo lograr que todos los sectores de la población puedan ejercer en igualdad de condiciones todos los derechos fundamentales. En este sentido expresión y no discriminación se relacionan en un sentido positivo que es necesario reforzar para la construcción de sociedades más igualitarias y democráticas. El derecho debería luchar por lograr el acceso de todos los grupos –especialmente los que más lo necesitan- a los que hoy son espacios privilegiados y muy relevantes para la construcción democrática (igual acceso). Ello por supuesto en cumplimiento del derecho de no ser discriminado en el acceso a la libertad de expresión, pero también con el objeto de construir espacios de comunicación más plurales con más voces, más democráticos, que permitan a todos los sectores de la población expresar sus puntos de vista y sus visiones del mundo. Esto podría lograrse a través de acciones estatales cuya finalidad debería ser asegurar una redistribución igualitaria de la autonomía, dirigiendo sus acciones compensatorias sobre los grupos que tienen menor autonomía al interior de una sociedad y minimizar el ejercicio abusivo de ciertas prácticas antisociales de grupos interesados en blindar privilegios.¹⁰¹

Pero en segundo lugar, aunque ello supone entrar en un terreno más delicado, también cabe referirse a la lucha por los contenidos radiofónicos o televisivos. En este caso el derecho a la no discriminación podría utilizarse con el objeto de que dichos contenidos no continúen reproduciendo los estereotipos dañinos y discriminatorios que mantienen inamovibles las estructuras desigualitarias de sociedades excluyentes. Aquí, por supuesto, los propios medios de comunicación podrían alegar el derecho que ellos tienen a la libre expresión. Frente a ello podría señalarse que cuando una interferencia pública tenga por objeto satisfacer necesidades básicas o ampliar la autonomía, no sólo sería legítima sino que debería constituir una obligada consecuencia de la aplicación del principio de igual libertad.¹⁰²

¹⁰¹ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales... Op. Cit.*, p. 45.

¹⁰² *Ibidem* p.43.

Marco jurídico de la libertad de expresión en México ¹⁰³

A continuación se preproducen, con un breve análisis para cada caso, las normas constitucionales, internacionales y nacionales vigentes que regulan la libertad de expresión en nuestro país. Para ofrecer una lectura que facilite la comprensión de las mismas hemos optado por alternar normas e interpretaciones de normas sin respetar de manera estricta la jerarquía normativa –constituciones, tratados, legislación en general-; de esta forma, por ejemplo, después de hacer referencia a la constitución federal hemos reproducido la jurisprudencia que interpreta las disposiciones correspondientes

I.

Constitución y Tesis de jurisprudencia.

Artículo 6 (primer párrafo) de la Constitución mexicana:

“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.”

¹⁰³ En la elaboración de este apartado participó de forma directa Luis Salgado. Agradecemos su colaboración y reconocemos su trabajo.

En este artículo se encuentra regulada la libertad de expresión. Se establece la obligación para el Estado de no interferir en el ejercicio de este derecho y los límites para el ejercicio del mismo.

Cabe destacar que el derecho de réplica se reguló en la constitución hasta el 13 de noviembre de 2007 cuando se publicó una reforma al propio artículo 6º en el Diario Oficial de la Federación.

Es digno de llamar la atención que la constitución establece la prohibición de imponer restricciones para el ejercicio de esta libertad sólo a las autoridades judiciales y administrativas y deja fuera a la autoridad legislativa. Al respecto Miguel Carbonell ha escrito que:

En virtud de que la libertad de expresión está incorporada en varios tratados internacionales de derechos humanos que son derecho vigente en México, la obligación de respetarla debe entenderse como aplicable también a los poderes legislativos.¹⁰⁴

Pensamos que la interpretación de Carbonell es atinada. De hecho, como sucede con todos los demás derechos fundamentales, la libertad de expresión, no es un derecho absoluto y su restricción –tal como lo señala la constitución- puede contemplarse en los siguientes casos: cuando la manifestación de las ideas ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Es interesante advertir que, aunque la constitución solamente se refiera a la manifestación de *ideas*, libertad de expresión también abarque la manifestación de emociones y sentimientos.

¹⁰⁴ Carbonell, miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª ed., México, Porrúa, CNDH, 2006, p. 371.

Finalmente, cabe advertir que nuestra constitución –al igual que muchas otras constituciones contemporáneas- regula junto a la libertad de expresión al derecho a la información. Aunque existe una estrecha relación teórica y práctica entre ambos derechos, en este estudio centramos nuestra atención solamente en el primero de ellos.

II.

Criterios jurisprudenciales relevantes

Para entender los alcances de la libertad de expresión tal como está regulada en el ordenamiento jurídico mexicano, conviene detenernos a reproducir y comentar brevemente algunas tesis de jurisprudencia relevantes que interpretan esta disposición constitucional.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXV, Mayo de 2007

Página: 1520

Tesis: P./J. 25/2007

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO.

El derecho fundamental a la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Así, al garantizarse la seguridad de no ser víctima de un menoscabo arbitrario en la capacidad para manifestar el pensamiento propio, la garantía de la libertad de expresión asegura el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio de este derecho. Esto es, la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación a otras personas de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden.

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXV, Febrero de 2007
Página: 632
Tesis: 1a. LIX/2007
Tesis Aislada
Materia(s): Constitucional

CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Los derechos fundamentales no son ilimitados en tanto que los poderes constituidos pueden emitir legítimamente normas que regulen su ejercicio, aunque ello debe efectuarse dentro de los límites establecidos por el necesario respeto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, los derechos fundamentales gozan de una estructura interna principal en virtud de la cual, cuando el ejercicio de uno entra en conflicto con el ejercicio de otros, debe atenderse a su peso relativo a la luz de la totalidad de los intereses y bienes relevantes en una particular categoría de casos, y determinar cuál debe considerarse prevaleciente a los efectos de evaluar la razonabilidad constitucional del acto o norma reclamados. Sin embargo, en ocasiones la propia Constitución de la República o los tratados internacionales de derechos humanos incluyen normas específicas sobre límites, que estructuralmente son reglas, no principios, y que por tanto dictan con precisión el tipo de conclusión jurídica que se sigue en una determinada hipótesis. Un ejemplo de aquéllas es la prohibición de la censura previa contenida en el primer párrafo del artículo 7o. constitucional y en el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981; por lo que esta prohibición específica hace innecesario desarrollar el tipo de operación analítica referida para determinar cuándo la limitación a un derecho está o no justificada, es decir, en la medida en que la norma sometida a consideración de este Alto Tribunal pueda calificarse de censura previa, será obligado concluir que es inconstitucional; y sólo si la conclusión es negativa será preciso examinar si es inconstitucional por otros motivos.

Novena Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXV, Mayo de 2007
Página: 1522
Tesis: P./J. 24/2007
Jurisprudencia
Materia(s): Constitucional

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO.

Los derechos fundamentales previstos en los preceptos constitucionales citados garantizan que: a) La manifestación de las ideas no sea objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o perturbe el orden público; b) El derecho a la información sea salvaguardado por el Estado; c) No se viole la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia; d) Ninguna ley ni autoridad establezcan censura, ni exijan fianza a los autores o impresores, ni coarten la libertad de imprenta; e) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia sean el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ese sentido, estos derechos fundamentales de libre expresión de ideas y de comunicación y acceso a la información son indispensables para la formación de la opinión pública, componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa.

Como queda claro en las tesis antes transcritas, a pesar de que en ocasiones ha sido omisa en su defensa, la Suprema Corte Justicia de la Nación ha confirmado el carácter de que tiene la libertad de expresión como derecho fundamental. Por lo mismo ha decretado, en consonancia con el artículo 7o. constitucional y con el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prohibición de la censura previa. Asimismo, advirtiendo el valor instrumental que tiene la libertad de expresión, la Corte ha subrayado que se trata de un derecho indispensable para la formación de la opinión pública, componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa.

III.

La regulación de la libertad de expresión en los instrumentos internacionales de ámbito universal.

Como sabemos, por decisión de la propia Suprema Corte, en México, después de la Constitución se encuentran jerárquicamente ubicados los tratados internacionales del que nuestro país forma parte. Veamos algunas disposiciones de los tratados más relevantes para el tema que nos ocupa. Asimismo, con la finalidad de comprender el alcance de las mismas, se ofrece al lector algunas interpretaciones y opiniones de organismos internacionales sobre el tema de la libertad de expresión.

3.1. La *Declaración Universal de Derechos Humanos*¹⁰⁵, establece en su artículo 19 lo siguiente:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Cabe advertir que, tal como lo señala la Declaración, el sujeto titular de este derecho es “todo individuo”, por lo que la universalidad del mismo se encuentra proclamada. Por lo que hace al contenido del mismo, la Declaración nos dice que la libertad de expresión incluye: el derecho de no ser molestado a causa de nuestras opiniones y el de investigar y recibir informaciones y opiniones. Asimismo la Declaración contempla la posibilidad de establecer límites al derecho pero

¹⁰⁵ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 217^a (III), de 10 de diciembre de 1948.

advierte que la difusión de nuestras opiniones puede realizarse mediante cualquier medio sin limitación de fronteras.

Pero la propia Declaración contempla la posibilidad de imponer límites a este derecho. Al respecto en su artículo 29 se establece que:

“2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”

Como puede observarse, la Declaración advierte que los límites a la libertad de expresión deben encontrarse reguladas en las leyes. Asimismo nos dice cuáles son los fines que legítimamente pueden justificar dichas limitaciones: el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, la satisfacción de las justas existencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática. El legislador democrático en ningún caso puede ir más allá de los mismos al establecer las normas que restringen esta importante libertad.

En general se trata de garantizar que los individuos al ejercer sus derechos respeten los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

3. 2. De hecho, de manera complementaria, la *Convención sobre los derechos del niño*¹⁰⁶ en su artículo 13 establece que:

“1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley previa y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”

Lo relevante de estas disposiciones tiene que ver con los sujetos del derecho: con este artículo se ofrece la protección de la libertad de expresión para el grupo vulnerable integrado por los menores de edad. Y, en consonancia con las disposiciones que ya hemos reproducido, se establecen los supuestos en los que es legítimo establecer restricciones para el ejercicio de este derecho.

3.3. Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos*¹⁰⁷ establece algunas disposiciones muy interesantes para nuestro estudio. En primer lugar, en su artículo 19 señala lo siguiente:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

¹⁰⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Publicación en Diario Oficial de la Federación: 25 de enero de 1991.

¹⁰⁷ Vinculación de México: 23 de marzo de 1981. Adhesión. Aprobación del Senado: 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. Publicación Diario Oficial de la Federación: 12 de mayo de 1981

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

La finalidad sigue siendo la de proteger las opiniones y la de garantizar que la libertad de expresión se entienda en un sentido amplio como el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, por cualquier medio y sin restricción de fronteras. En este sentido reitera lo que ya sabemos. Sin embargo, por lo que hace a los límites legítimos al ejercicio de este derecho se realizan algunas aportaciones significativas. Después de reiterar que dichas restricciones deben encontrarse en la ley, en el Pacto se precisa que la finalidad de las mismas debe ser el respeto a los derechos y a la *reputación* de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, del orden público, la salud o la moral públicas.

En consonancia, en el artículo 20 del Pacto se advierte que están prohibidas:

“1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley“.

Este tipo de expresiones, en los términos de este importante documento internacional, no gozarán de ningún tipo protección. Esto significa que no tenemos la libertad –el derecho- de realizar propaganda en favor de la guerra o de expresar una apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la *discriminación*, a la hostilidad o la violencia.

Para nuestro estudio es de particular relevancia la referencia expresa al tema de la apología del odio que incite a la discriminación porque implica que el legislador internacional considera que, en ciertos casos, es posible que la manifestación de algunas ideas que promueven el odio hacia los demás se traduzca en actos discriminatorios. Y, sin ambages, se prohíbe su difusión.

3.4. En esta misma dirección es relevante recuperar lo que señala la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial*¹⁰⁸. Este documento internacional, en su artículo 4 establece lo siguiente:

“Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la *discriminación* racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal *discriminación* o actos de tal *discriminación*, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la *discriminación* racial, así

¹⁰⁸ Ratificada por México el 20 de febrero de 1975. <http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>

como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la *discriminación* racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley (*Los énfasis son nuestros*).”

Como puede observarse, si bien estas disposiciones se refieren en específico a la discriminación *racial* lo importante es que se faculta a los Estados para –o, mejor dicho, se les impone la obligación de- regular de manera inmediata medidas positivas destinadas a eliminar toda incitación o actos que conduzcan a la discriminación. De hecho, para lograrlo se contempla expresamente la necesidad de punir la difusión de ideas de superioridad y odio racial, la incitación a los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas, la financiación de este tipo de conductas, etc. Por sin no bastara se contempla la necesidad de declarar la ilegalidad de las organizaciones destinadas a la promoción de la discriminación y de castigar a quienes participen en las mismas.

Sin ambages, entonces, en este documento internacional se reconoce que el derecho a la libertad de expresión no protege los discursos y acciones que inducen, incitan o conducen a la discriminación (racial) entre las personas. De esta manera, implícitamente, se acepta que la manifestación de ciertas ideas puede vulnerar –directamente al justificar o indirectamente al promover acciones que conduzcan al odio- el derecho fundamental a no ser discriminado.

3.5. En la misma dirección, conviene señalar que la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio¹⁰⁹ en su artículo tercero, inciso c), señala que serán castigada “La instigación directa y pública a cometer genocidio”.

3.6. Respecto de los límites a la libertad de expresión también es muy importante tener presente lo que establece la *Observación General Número 10, artículo 19 del 19° periodo ordinario de sesiones (1983)*¹¹⁰ que fue adoptada por el Comité de Derechos civiles y políticos.

En dicha opinión (párrafos 3º y 4º) se establece de manera expresa que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y, por lo mismo, es lícito establecer ciertas restricciones al mismo. Sin embargo, dada la importancia del derecho mismo, el Comité advierte que cuando un Estado decide imponer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, debe garantizar que las mismas no pongan en peligro al derecho mismo. Por lo mismo las restricciones deberán estar “fijadas por ley”; deberán responder a fines específicos (señalados por el propio Comité en consonancia con los documentos internacionales que hemos estudiado); y deberán ser “necesarias” para alcanzar dichos propósitos.

¹⁰⁹ Ratificada por México el 22 de julio de 1952. <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty1gen.htm>

¹¹⁰ Carbonell, Miguel y otros. *Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Segunda edición, Porrúa, CNDH, México 2003, p. 403

IV.

La regulación de la libertad de expresión en los instrumentos internacionales de ámbito regional.

Veamos ahora lo que establecen los principales documentos internacionales regionales de los que nuestro país forma parte. Como hicimos al final del apartado anterior, ofrecemos al lector también alguna referencia a interpretaciones consultivas relevantes sobre el tema.

Pero, a diferencia de lo que hicimos en el apartado precedente ahora se ofrece al lector un robusto apartado de notas con referencias a las decisiones jurisdiccionales importantes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado sobre el tema y que tienen relación con los artículos que analizamos. Pensamos que este formato facilita la lectura y la comprensión amplia de la forma en la que se ha venido integrando el sistema interamericano de protección y regulación de la libertad de expresión.

4.1. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹¹¹ en su artículo 13 establece lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”¹¹²

¹¹¹ Aprobada por el Senado 18 de diciembre de 1980. Ratificada por México el 24 de marzo de 1981. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

¹¹² En el *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111. Corte IDH, se estableció lo siguiente: "77. La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.¹¹³

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.¹¹⁴

dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

¹¹³En el *Caso Caso Herrera Ulloa*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107 Corte IDH, se estableció: "121. Respecto de estos requisitos la Corte señaló que: "la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo."

¹¹⁴En el *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111. Corte IDH, señaló: "95. La Corte considera importante destacar, como en casos anteriores, que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

Esta disposición, en sus diferentes párrafos, confirma las reglas internacionales en materia de libertad de expresión que ya hemos venido analizando. En general se trata de disposiciones idénticas a las que ya conocemos. Sin embargo, el artículo 13 de la Convención también aporta algunas cuestiones nuevas. Por ejemplo, regula de manera expresa la prohibición de la censura previa (aclarando que en el caso de los espectáculos públicos será permitida solamente cuando esté en juego la “protección moral” de la infancia y de la adolescencia).

Asimismo, seguramente atendiendo a las particularidades históricas de los países de la región, con esta disposición se prohíben los medios indirectos para restringir la libertad de expresión tales como abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Finalmente el artículo reitera la prohibición de la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan una incitación a la violencia. Si bien no se utiliza directamente la palabra “discriminación” es claro el sentido de la disposición cuando advierte que la apología al odio está prohibida cuando incite a las acciones violentas o a “cualquiera otra acción ilegal similar”

contra “cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Por su parte, en el artículo 14 de la Convención se establece el derecho de rectificación o respuesta¹¹⁵:

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.”

Esta es una disposición importante que ofrece protección a las personas que pudieran verse afectadas por la difusión de alguna información. La disposición obliga al órgano que difundió dicha información a dar difusión también a la rectificación o respuesta del afectado. Esto por supuesto cuando la información que la afectó haya sido “inexacta o agraviante”.

Como ya lo señalamos, solo hasta 2007 nuestra constitución contempla con claridad en su artículo 6º el derecho de réplica y delega su reglamentación a la ley secundaria.

¹¹⁵ Recordando lo expuesto en un principio, este derecho es de reciente incorporación en la Constitución Mexicana, es hasta la reforma de 13 de noviembre de 2007 que se encuentra regulada.

4.2. La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en el año 2000, aprobó una *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*¹¹⁶, de la que conviene rescatar algunas disposiciones:

En el preámbulo de dicha Declaración se realizan algunas afirmaciones generales que están en sintonía con lo que ya hemos encontrado en los documentos internacionales más importantes: se reconoce que la libertad de expresión es indispensable para la consolidación y el desarrollo de la democracia; se reitera que, por lo mismo, cuando se limita el libre debate de ideas se obstaculiza el efectivo desarrollo del proceso democrático; se recuerda que se trata de un derecho fundamental recogido en diversos instrumentos internacionales tanto universales como locales que no puede entenderse como una concesión estatal, etcétera.

Todo esto queda desarrollado en los principios que fueron aprobados y de los cuales destacan lo siguientes:

“1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

¹¹⁶ Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000 (en el 108 período ordinario). El texto completo se puede leer en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.¹¹⁷ “

Como puede observarse esta declaración de principios confirma la importancia de la libertad de expresión y su carácter de libertad negativa que, para estar garantizada, debe estar protegida de toda interferencia que pretenda impedir la difusión de alguna información o, en sentido contrario, la imposición de difundir

¹¹⁷ En el *Caso Caso Herrera Ulloa*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107 Corte IDH, se estableció: Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática. En el *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111. Corte IDH, se estableció: "101. El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección.

determinadas informaciones. Esto es particularmente claro en el texto del principio No. 5 que hemos apenas citado.

Por otra parte, la Comisión Interamericana se preocupó por subrayar la importancia de los *medios* para difundir las ideas y la protección especial que merece la actividad periodística. En ambos casos es evidente la preocupación por la situación especial de la región.

Un dato interesante es que la comisión, en sintonía con las decisiones con otros documentos internacionales y con la interpretación de diversos Tribunales Constitucionales, advierte que el estado no puede exigir que la difusión de la información esté condicionada a observar los principios de veracidad, oportunidad o imparcialidad. Una exigencia en este sentido atentaría contra la libertad de expresión.

Por último se aborda un tema muy delicado: las leyes que protegen la reputación de las personas. Al respecto, según la comisión, debe establecerse que las personas públicas también deben estar protegidas pero que dicha protección no debe suponer una restricción a la información de interés público. Por lo mismo, entre otras cosas, se advierte que las sanciones para quien vulnere la privacidad de una persona “pública” sólo podrán ser sanciones civiles. Con toda evidencia lo que se quiere proteger es la libertad de prensa en nuestros países latinoamericanos.

V.

Finalmente para concluir este apartado sobre la legislación vigente en México en materia de libertad de expresión, no podemos dejar de hacer referencia a la legislación secundaria. En este caso centramos nuestra atención en algunas prohibiciones y restricciones a la libertad de expresión todavía vigentes en nuestra legislación.

Si bien es cierto que, venturosamente, el 13 de abril de 2007 se publicó la reforma por la que se derogaron los artículos del Código Penal Federal en los que sancionaban los delitos de injurias, difamación y calumnia. Esas disposiciones se encontraban incluidas en el Título Vigésimo, correspondiente a los *Delitos contra el honor*, concretamente en los capítulos II y III del mismo. De esta forma, el derecho penal dejó de ser el instrumento para sancionar estas acciones. Sin embargo, siguen vigentes en el Capítulo V, *Ultrajes a las insignias nacionales*, las siguientes disposiciones:

“ARTICULO 191.- Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio del juez.”

“ARTICULO 192.- Al que haga uso indebido del escudo, insignia o himno nacionales, se le aplicará de tres días a un año de prisión y multa de veinticinco a mil pesos.”

Como ya hemos tenido oportunidad de advertir en el apartado correspondiente a la Libertad de Expresión de la primera parte de este estudio, estas disposiciones fueron objeto de análisis por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el llamado *Caso bandera* y generaron fuertes discusiones entre los estudiosos del derecho. Dejamos que sea el lector, después del análisis que hemos ofrecido en

estas páginas, quien decida si estas disposiciones se ajustan o no a la Constitución mexicana y a los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.

Mención aparte merece la *Ley sobre Delitos de Imprenta* del 12 de abril de 1917, aun vigente en nuestros días, en donde se establece lo que se consideran ataques a la vida privada, a la moral, al orden y a la paz pública, así como una larga serie de prohibiciones al ejercicio de la libertad de expresión. No nos cabe duda que muchas de sus disposiciones, en un estado constitucional y democrático, moderno no tienen cabida. Ello porque imponen limitaciones y sanciones absurdas al ejercicio de la libertad de expresión. Valga la reproducción de algunas de estas disposiciones como simples botones de muestra:

“ARTICULO 2.- Constituye un ataque a la moral:

I.- Toda manifestación de palabra, por escrito, o por cualquier otro de los medios de que habla la fracción I del artículo anterior, con la que se defiendan o disculpen, aconsejen o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de ellos o de sus autores;

II.- Toda manifestación verificada con discursos, gritos, cantos, exhibiciones o representaciones o por cualquier otro medio de los enumerados en la fracción I del artículo 2 con la cual se ultraje u ofenda públicamente al pudor, a la decencia o a las buenas costumbres o se excite a la prostitución o a la práctica de actos licenciosos o impúdicos, teniéndose como tales todos aquéllos que, en el concepto público, estén calificados de contrarios al pudor;

III.- Toda distribución, venta o exposición al público, de cualquiera manera que se haga, de escritos, folletos, impresos, canciones, grabados, libros, imágenes, anuncios, tarjetas u otros papeles o figuras, pinturas, dibujos o litografiados de carácter obsceno o que representen actos lúbricos.”

“ARTICULO 3.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública:

I.- Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos, o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematógrafo, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman;

II.- Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al Ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general, a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al Ejército o Guardia Nacional o a los miembros de aquéllos y ésta, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o Jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la Comisión de un delito determinado;

III.- La publicación o propagación de noticias falsas o adulteradas sobre acontecimientos de actualidad, capaces de perturbar la paz o la tranquilidad de la República o en alguna parte de ella, o de causar el alza o baja de los precios de las mercancías o de lastimar el crédito de la Nación o de algún Estado o Municipio, o de los bancos legalmente constituidos;

IV.- Toda publicación prohibida por la ley o por la autoridad, por causa de interés público, o hecha antes de que la ley permita darla a conocer al público. “

“ARTICULO 16.- Cuando el delito se cometiere por medio de la imprenta, litografía, grabado o cualquiera otro medio de publicidad, y no pudiera saberse quién es el responsable de él como autor, se considerará con este carácter tratándose de publicaciones que no fueren periódicos, a los editores de libros, folletos, anuncios, tarjetas u hojas sueltas, y, en su defecto, al regente de la imprenta u oficina en que se hizo la publicación, y si no los hubiere, al propietario de dicha oficina. “

“ARTICULO 19.- En las representaciones teatrales y en las exhibiciones de cinematógrafo o audiciones de fonógrafo, se tendrá como responsable, además del autor de la pieza que se represente o exhiba o constituya la audición, al empresario del teatro, cinematógrafo o fonógrafo. “

“ARTICULO 29.- La responsabilidad criminal por escritos, libros, impresos, grabados y demás objetos que se introduzcan a la República y en que haya ataques a la vida privada, a la moral o a la paz pública, recaerá directamente sobre las personas que los importen, reproduzcan o expongan, o en su defecto, sobre los que los vendan o circulen, a menos que éstos prueben qué personas se los entregaron para ese objeto. “

Marco Jurídico del Derecho a no ser discriminado en México

En este apartado se expondrá un cuadro general de las normas jurídicas que regulan el derecho a no ser discriminado dentro del ordenamiento jurídico mexicano. Al igual que en el apartado del marco jurídico de la libertad de expresión, no se respetará de forma estricta el orden de jerarquía de las leyes (Constitución Tratados, leyes, interpretación constitucional) en aras de una mejor comprensión de los problemas.

I.

Constitución

La cláusula de no discriminación se incluyó en fecha reciente dentro de la Constitución Mexicana. Fue en la reforma del 14 de agosto de 2001¹¹⁸, cuando se agregó un párrafo 3º al artículo primero constitucional donde se señaló:

Artículo 1º (tercer párrafo)

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

La propuesta de redacción de este párrafo fue elaborada por la Comisión Ciudadana de Estudios Contra la Discriminación, conformada por grupos en situación de discriminación, quienes realizaron un importante esfuerzo de investigación y posterior cabildeo en el Congreso de la Unión con el objetivo de incorporar este mandato dentro de la norma suprema. Se trató de un debate

¹¹⁸ Se trató de la debatida reforma indígena a través de la cual los tres partidos políticos acordaron no incluir en la Constitución los Acuerdos de San Andrés previamente pactados entre gobierno y pueblos indígenas.

paralelo al de la problemática indígena, que coincidió en el tiempo con la discusión parlamentaria sobre esta última materia, y por ello la adición de un tercer párrafo al artículo 1º coincidió con la modificación del artículo 2º constitucional, aun cuando el tema de la discriminación no fue un tema priorizado por los pueblos indígenas en la lucha por sus derechos.

La cláusula se construyó con base en el conjunto de Declaraciones y Convenciones, internacionales y regionales, especializadas en la materia, y en ese sentido supone un importante esfuerzo de armonización del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Aún cuando, la propuesta original sufrió modificaciones en el debate parlamentario.¹¹⁹, a grandes trazos se ajusta a lo establecido por los órganos de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Sobre la cláusula de no discriminación conviene hacer algunas aclaraciones que son pertinentes para el debate planteado en este trabajo. En primer lugar es importante señalar que el párrafo 3º del artículo 1º establece que queda prohibida *toda discriminación*. Esta redacción, supone un mandato amplio que obliga no sólo a las autoridades estatales, sino que debe aplicarse, como se señaló en el apartado teórico de este trabajo, también en el ámbito privado¹²⁰ pudiendo limitar la autonomía de los negocios, y obligar a que organizaciones privadas con poder social, o concesionarias de la Administración, den un trato igual a todas las personas. Por lo que se refiere a la relación que este derecho tiene con la libertad de expresión, es importante referirse a la obligación que alcanza a los medios de comunicación de no utilizar los espacios públicos (espacio radioeléctrico) concesionados por el Estado, para lanzar mensajes discriminatorios o reproducir estereotipos sociales que, aún no siendo discriminaciones directas en las que se

¹¹⁹ Una modificación absurda exigida por el Partido Acción Nacional fue la que sufrió el factor prohibido “preferencias sexuales” que en la redacción actual queda sólo en “preferencias”, abriendo la puerta a una posible confusión interpretativa, al intentar cerrar el debate constitucional sobre la discriminación que sufren amplios sectores de la población quienes luchan por ejercer libremente su sexualidad.

¹²⁰ Esta es también la opinión de De la Torre, Carlos, *El derecho a la no discriminación...Op. Cit.*, p. 297.

estigmatice a grupos excluidos, sean discriminaciones indirectas que se traduzcan en prejuicios de los que derivan importantes daños. Avanzando aún más, la prohibición de discriminación constitucional, interpretada a la luz del principio de igualdad como compensación (igualdad material), también puede alcanzar a los particulares, quedando éstos últimos, no sólo obligados a no discriminar, sino también a colaborar en la lucha contra la discriminación, permitiendo que en el espacio público radioeléctrico aparezcan las voces de los grupos que en México han sido históricamente marginados.

En segundo lugar también es importante destacar que la cláusula analizada, se refiere a que serán prohibidos, en primer lugar, los actos discriminatorios que atenten contra *la dignidad humana*. Como lo ha señalado De la Torre¹²¹, incluir el concepto de dignidad humana en la Constitución, es una importante novedad que exigirá en algún momento a la SCJN realice un ejercicio de interpretación constitucional, a través del cual se tenga que definir el alcance de dicho concepto dentro del ámbito constitucional mexicano. Se trata de una potencial definición de enorme relevancia que podría tener un impacto trascendental para todo el debate en México sobre los derechos fundamentales.

En tercer lugar, siguiendo a De la Torre, también es importante destacar, que junto con la dignidad humana también se alude al menoscabo de los derechos y libertades de las personas. Aquí el concepto de derechos no queda limitado a la noción de *Garantías Individuales* establecida en otros párrafos de la Constitución y por tanto debe entenderse que el Constituyente ha decidido ampliar la referencia a todos los derechos, incluyendo los reconocidos en las Convenciones y Pactos firmados y ratificados por el Estado Mexicano.

También interesa subrayar que esta cláusula de no discriminación, es una cláusula abierta. Ello significa que aún cuando se refiere de forma expresa a un conjunto de factores prohibidos, deja abierta la puerta a otras formas de

¹²¹ *Ibidem* p. 298.

discriminación no expresamente señaladas en ella. Esto permitiría incluir otros factores prohibidos de discriminación como por ejemplo el tema de la pobreza.¹²²

Por lo que tiene que ver con la relación que se establece entre el derecho a no ser discriminado y el principio de igualdad material es importante destacar que en nuestra Constitución no existe una cláusula general de igualdad material, en la que se obligue a los poderes del Estado a intervenir en las relaciones sociales con el objeto de lograr remover aquellos obstáculos que impidan la igualdad real entre las personas¹²³. Existe una cláusula de esta naturaleza en el artículo 2º de la Constitución,¹²⁴ pero sólo referida a la problemática de la desigualdad de los pueblos indígenas. Por tanto, de la lectura del texto constitucional, podría pensarse que el principio de igualdad material no tiene una relación constitucional con la discriminación que puedan sufrir las personas o grupos no indígenas.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha pronunciado a favor de una interpretación amplia del principio de igualdad. La interpretación que ha realizado dicho tribunal sobre el principio de igualdad en la Constitución, es que éste puede ser entendido en sus dos sentidos (formal y material). En una de sus tesis más recientes sobre la materia, los Ministros han señalado que:

“...El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas

¹²² Véase el caso *El caso Sparks v. Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority* analizado en el apartado teórico sobre discriminación en este trabajo.

¹²³ Este tipo de cláusulas de igualdad material existen en otros ordenamientos como es el caso de la Constitución Española que establece en su Artículo 9.2 “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”.

¹²⁴ Dicho artículo establece en su apartado B, que “La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades”.

ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas...”¹²⁵

Esta interpretación jurisprudencial, aún cuando no es la mejor desarrollada, ha intentado actualizar el sentido de nuestra Constitución a la teoría contemporánea del principio de igualdad, que sí cuenta con un profundo avance en otros tribunales del mundo.

Asimismo en otra de sus tesis, la SCJN señala los límites del principio de igualdad ya que el mismo “se configura como uno de los *valores superiores del orden jurídico*, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la *existencia de desigualdades materiales y económicas*; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia,

¹²⁵ Véase, Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada *Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional*, novena época, primera sala, diciembre de 2004.

en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado”¹²⁶

Artículo 2º Constitucional. Pueblos Indígenas

Como ya se señaló en párrafos anteriores, el artículo 2º constitucional (cuestión indígena) también hace referencia expresa al problema de la igualdad y lo hace estableciendo obligaciones al Estado en materia de discriminación. En el apartado B de dicha norma encontramos una cláusula de igualdad material que exige a los tres órdenes de gobierno (Federación, estados y municipios) “...promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria” que vulnere los derechos de dichas comunidades. No sólo eso, la Constitución obliga a dichas entidades a establecer un conjunto amplio de medidas dirigidas a combatir la exclusión en la que se encuentran dichos grupos, mejorar sus condiciones de vida y desarrollo. Entre la amplia enumeración de medidas positivas para combatir la discriminación y marginación, la Constitución en el apartado VI ordena expresamente que se deben... “Establecer condiciones para que los pueblos y comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación...”; y no sólo eso, más adelante en el apartado IX la Constitución determina que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones anteriores, “la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.”

¹²⁶ Véase, Semanario Judicial de la Federación, 1ª Tesis *Igualdad. Límites a este principio*, novena época, primera sala, octubre de 2004.

Por la relevancia que tiene para el tema, es importante denunciar que en fecha muy reciente hubo un intenso debate, tanto en el ámbito de la opinión pública como en sede parlamentaria y judicial, sobre las reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión. A pesar de los múltiples señalamientos en relación con la obligación establecida en la Constitución de legislar sobre el necesario acceso a los canales de comunicación por parte de los pueblos indígenas (especialmente por lo que toca a radios comunitarias) y otros sectores discriminados, se hizo caso omiso. Las fuertes presiones de los oligopolios de la comunicación sobre los cuerpos representativos impidieron acabar con los privilegios que gozan en la materia las grandes empresas de la comunicación y proteger tanto el derecho a la libertad de expresión de los pueblos como el de no ser discriminados. En ninguna de esas dos leyes se hace la menor mención de la problemática aquí planteada.

II.

La regulación del derecho a no ser discriminado en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos.

Antes de abordar el tema de los Tratados, conviene comenzar señalando que de acuerdo con el artículo 133 de nuestra Constitución, los Tratados Internacionales firmados por el presidente y ratificados por el Senado de la República forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Y no sólo eso, a partir de la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) hizo de este artículo,¹²⁷ hoy en México, los Tratados Internacionales se encuentran sólo por debajo de la Constitución y por encima de todas las demás normas, incluyendo todas las leyes secundarias creadas por el Congreso de la Unión, así como los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo o los demás actos que éste produzca.

2.1. Documentos Internacionales para combatir la Discriminación

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En esta Declaración el derecho a la no discriminación aparece en tres distintas ocasiones:

Artículo 2º

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión

¹²⁷ Dicha interpretación se realizó en la resolución de un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores Aéreos (amparo 1475/98). De esta resolución deriva la tesis 192,867 cuyo título es "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Véase *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, novena época, pleno, tesis P. LXXVII/99, p.46.

política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Este primer artículo, tiene el mismo molde que más adelante se utilizaría en otros instrumentos internacionales de derechos humanos para establecer el derecho a la no discriminación. No alude de forma expresa al tema de la discriminación pero deja en claro que todas las personas tienen todos los derechos sin que se puedan hacer distinciones. Siguiendo la fórmula de enunciación de factores prohibidos determina cuando está especialmente prohibido establecer diferencias. Aquí interesa destacar el carácter abierto de la cláusula, lo que indica que los factores prohibidos en ella enumerados son sólo ejemplos que pueden servir como parámetros para determinar cuando una distinción está prohibida. Cinco artículos más adelante, la Declaración alude de forma expresa al problema de la Discriminación en el:

Artículo 7º

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Llama la atención esta aparente doble entrada que la Declaración da al problema de la discriminación. En esta ocasión se hace referencia expresa al problema, vinculándolo de forma directa al principio de igualdad ante la ley. De este segundo artículo parecen desprenderse dos derechos: a) el derecho a ser protegido contra todo tipo de discriminación en la aplicación de la propia Declaración y; b) el derecho a ser protegido contra todo acto que incite a la discriminación. En este caso se trataría de una meta protección, no contra los actos discriminatorios en sí mismos sino contra quienes los fomenten o provoquen.

Por último, en el artículo 23 se vuelve a aludir al tema de la discriminación, al señalar en el párrafo 2º de dicha disposición que todas las personas tienen derecho, sin discriminación, a igual salario por igual trabajo.

Pacto Internacional de derechos Civiles y políticos (PIDCyP)

Este Pacto goza de una aptísima legitimidad internacional puesto que ha sido firmado por 166 países de todo el mundo. En él se alude al tema de la discriminación en múltiples artículos: 2º, 3º, 20.2, 24 y 26.

Artículo 2º

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Este Pacto, a diferencia de la Declaración anterior, establece obligaciones jurídicas específicas que los Estados adquieren al firmarlo. Como se desprende de la lectura, este artículo no fue diseñado para prohibir la discriminación (aunque lo haga de forma indirecta), sino para establecer la obligación de respeto, de los estados firmantes, de todos los derechos establecidos en el Pacto. Conviene resaltar aquí el importante papel que el Pacto confiere a la no discriminación como principio fundante de la protección de todos los derechos. A través de esta norma se evidencia el vínculo estrecho al que se ha hecho referencia en este trabajo entre el principio de igualdad (no discriminación) y la protección de todos los derechos. Por otra parte interesa apuntar, que el Estado signatario queda obligado a respetar los derechos, no sólo de sus ciudadanos sino de todas las personas que se encuentren en su territorio y bajo su jurisdicción. Además, como

en el caso de la cláusula establecida en la Constitución mexicana, esta también es una cláusula abierta que permite ampliar los criterios prohibidos.

Artículo 3º

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Este artículo es el correlato de artículo 4º Constitucional mexicano dirigido expresamente al tema de la igualdad entre hombres y mujeres.

Artículo 20

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Este artículo ya ha sido comentado ampliamente en el apartado correspondiente a la libertad de expresión, aquí sólo toca señalar que se trata de un mandato al legislador para que a través de su labor en la creación de leyes, desaliente cualquiera de las prácticas aquí señaladas. Lo importante en este caso es el vínculo estrecho que el Pacto establece entre la discriminación y los discursos de odio.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Aquí una norma de protección hacia los niños. Interesa resaltar que esta posición asumida en el Pacto está orientada a asegurar medidas de protección hacia los niños y las niñas. Se trata de una posición tradicional proteccionista y paternalista,

propia de la época, que sería radicalmente modificada por la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas, según la cual lo que los Estados quedan obligados a proteger son los derechos de dichos grupos y no a los grupos directamente. Esta transformación es relevante puesto que los grupos en situación de discriminación saben mejor que nadie que en nombre de su protección (y no de la de sus derechos) se han cometido graves atrocidades.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 26 del Pacto es quizá la disposición más relevante de dicho instrumento en relación con la problemática de la discriminación. Ésta, desde hace 25 años ha sido interpretada por el Comité de derechos Humanos,¹²⁸ y por ello existe una cantidad importante de resoluciones que permiten comprender el alcance y el contenido del derecho. Una primera consideración importante que interesa resaltar en este trabajo es al que el Comité ha realizado en torno a la composición amplia de la igualdad y la discriminación. De acuerdo con dicho órgano:

“...el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos por parte de esa población, el Estado deberá adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa

¹²⁸ Órgano encargado de vigilar la aplicación del Pacto, recibir quejas por violación de derechos y emitir la interpretación autorizada del Instrumento a través de las observaciones generales (la No. 18, aprobada el 10 de noviembre de 1989, está dirigida al tema de la discriminación).

situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.”¹²⁹

Como puede apreciarse el Comité no deja duda en torno a que la idea de igualdad establecida en el Pacto incluye tanto el principio de igualdad formal como el de igualdad material, legitimando la intervención del Estado en la remoción de obstáculos que impidan la igualdad real entre las personas.

Otra consideración importante realizada por el Comité a través del análisis de casos es la que tiene que ver con la relación que se establece entre el derecho a no ser discriminado y otros derechos establecidos en otros Pactos. Por ejemplo en el caso *F. H. Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, del 9 de abril 1987 (U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40)) permite analizar la relación de la discriminación con los derechos económicos sociales y culturales. En dicha ocasión, la señora Zwaan de Wries quedó desempleada en febrero de 1979 y se le otorgaron beneficios de desempleo hasta octubre del mismo año. Sin embargo, se le negó la asistencia continua, prevista por la Ley de Beneficios de Desempleo (WWV), porque era casada y no era el “sostén de familia”. Por su parte, los hombres casados podían acceder a los beneficios sin tener que probar que fueran el “sostén de familia”. La señora Zwaan de Wries argumentó que se le estaban negando beneficios por razones de género y estado civil, y que ello representaba una violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El Gobierno respondió que la prohibición de discriminar del artículo 26 no se aplicaba al dominio económico, social y cultural, porque otros tratados internacionales abarcaban esos. Frente a dicha respuesta, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que las cláusulas del PIDCyP debían aplicarse plenamente en sus propios términos. El artículo 26 exigía que la totalidad de la

¹²⁹ Observación General 18 párrafo 10.

legislación no fuera discriminatoria. Ello no requería que un Estado proporcionara seguridad social, sino que asegurara que la legislación promulgada no fuera discriminatoria. La discriminación estaría presente si un tratamiento diferencial previsto por la ley no estuviera basado en criterios razonables y objetivos. La legislación, en este caso, era discriminatoria en base al sexo, dado que la Ley requería que las mujeres casadas cumplieran una condición que no se aplicaba a los hombres casados. Cabe destacar que el Estado modificó la legislación correspondiente eliminando el artículo que requería a las mujeres comprobar que eran sostén de la familia.

Pacto internacional de derechos Económicos Sociales y Culturales

En este Pacto sólo se alude en una sola ocasión al tema de la discriminación, se hace en el artículo:

Artículo 2º

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Sin embargo es importante destacar la importante labor de interpretación que el Comité D.E.S.C ha realizado en relación con el alcance del derecho a no ser discriminado. En la Observación General 3, dicho órgano realiza una serie de consideraciones oportunas en relación con el tema.

Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Esta Convención entró en vigor en 1969 y ha sido firmada por 175 Estados. Se trata de uno de los documentos más relevantes a nivel internacional en contra de la discriminación. Al igual que el Comité de Derechos Humanos del PIDCyP, esta Convención también dio lugar a un Comité (para la Eliminación de la Discriminación Racial) que vigila la aplicación del Instrumento y emite resoluciones interpretativas que permiten conocer el alcance del instrumento.

Como se desprende de su artículo 2º la Convención establece la obligación hacia los Estados de seguir una política encaminada a eliminar la discriminación racial. Para ello establece tres tipos de obligaciones que podrían denominarse de respeto, protección y garantía. En el apartado 1 inciso a) de dicho artículo 2º se establece la obligación de no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con ello. En el inciso b) se compromete a los Estados a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones. En este mismo sentido, el inciso d) señala que los Estados parte deberán prohibir y hacer cesar por todos los medios apropiados, incluyendo medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones.

Estas medidas son complementadas por las que se señalan en el apartado segundo del mismo artículo 2º donde se establece que los Estados firmantes... “deberán tomar medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

Por tanto, como puede observarse, los Estados firmantes quedan obligados tanto a no llevar a cabo actos discriminatorios como a impulsar medidas especiales y concretas para asegurar las condiciones de igualdad material entre grupos y personas.

Ahora bien en el artículo 5º se establece que de conformidad con el anterior artículo 2º, los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación y a garantizar el derecho a la igualdad ante la ley particularmente en el goce de un conjunto de derechos que en esta disposición se enumeran. En el inciso d) numeral VIII se establece expresamente el derecho a la libertad de opinión y de expresión. Por tanto una interpretación sistemática de lo anterior permite señalar que los Estados firmantes quedan obligados a eliminar la discriminación en relación con el derecho a la libre expresión y para ello deberán prohibir actos discriminatorios (incluyendo los de los particulares) e incluso instrumentar medidas positivas para que los grupos en situación de discriminación dejen de estar en ella.

Conviene señalar que en el ámbito internacional existen muchos otros instrumentos diseñados de manera específica para luchar contra las discriminaciones raciales, étnicas y religiosas. Debido a que no es el objetivo específico de este trabajo hacer un análisis profundo del derecho a no ser discriminado -sino relacionar este último con el derecho a la libre expresión, no pueden ser aquí analizados.¹³⁰

Un segundo instrumento de Naciones Unidas, también diseñado de forma específica para eliminar la discriminación es la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Contra la Mujer. Este fue aprobado en 1979. El objetivo de esta última fue combatir el machismo y otras formas de violencia ejercidas contra las mujeres que impiden el ejercicio de sus derechos

¹³⁰ Para una enumeración detallada de todos ellos véase: De la Torre, Carlos, *El derecho a la no discriminación...Op. Cit.*, p. 80 y ss.

fundamentales. Dicho instrumento también prevé la creación de un Comité que vigila la aplicación de la Convención. La Convención se compone de un preámbulo y 30 artículos. Al igual que ocurre con la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en este instrumento se prevén tanto prohibiciones de discriminación como medidas positivas y políticas que deben instrumentar los Estados (también contra particulares) para erradicar dichas prácticas. De acuerdo con la interpretación que ha hecho el Comité en su Recomendación General no. 19 (relativa a la violencia contra la mujer) el Comité ha recomendado en el punto 24 d) que los estados “adopten medidas eficaces para garantizar que los medios de comunicación respeten a la mujer y promuevan el respeto de la mujer.” Esta recomendación puede convertirse en un escalón que el derecho aporta para que los Estados obliguen a los medios de comunicación a no discriminar e incluso a luchar contra este fenómeno.

Por último, es importante destacar que en el ámbito Internacional de los derechos Humanos también ha sido aprobada la Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra.¹³¹ Como se puede observar en los artículos que a continuación transcribimos, se trata de un esfuerzo por aprovechar la importante función social que cumplen los medios masivos de comunicación en la lucha contra la discriminación y otras formas de violencia. Los artículos son suficientemente elocuentes:

Artículo 1º

El fortalecimiento de la paz y de la comprensión internacional, la promoción de los derechos humanos, la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la

¹³¹ Proclamada el 28 de noviembre de 1978 en la vigésima reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, celebrada en París

guerra exigen una circulación libre y una difusión más amplia y equilibrada de la información. Para ese fin, los órganos de información deben aportar una contribución primordial, contribución que será más eficaz si la información refleja los diferentes aspectos del asunto examinado.

Artículo II

1. El ejercicio de la libertad de opinión, de la libertad de expresión y de la libertad de información, reconocido como parte integrante de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, constituye un factor esencial del fortalecimiento de la paz y de la comprensión internacional.

3. Con miras al fortalecimiento de la paz y de la comprensión internacional, de la promoción de los derechos humanos y de la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra, los órganos de información, en todo el mundo, dada la función que les corresponde, contribuyen a promover los derechos humanos, en particular haciendo oír la voz de los pueblos oprimidos que luchan contra el colonialismo, el neocolonialismo, la ocupación extranjera y todas las formas de discriminación racial y de opresión y que no pueden expresarse en su propio territorio.

Artículo III

2. En la lucha contra la guerra de agresión, el racismo y el apartheid, así como contra las otras violaciones de los derechos humanos que, entre otras cosas, son resultado de los prejuicios y de la ignorancia, los medios de comunicación, por medio de la difusión de la información relativa a los ideales, aspiraciones, culturas y exigencias de los pueblos, contribuyen a eliminar la ignorancia y la incompreensión entre los pueblos, a sensibilizar a los ciudadanos de un país a las exigencias y las aspiraciones de los otros, a conseguir el respeto de los derechos y la dignidad de todas las naciones, de todos los pueblos y de todos los individuos,

sin distinción de raza, de sexo, de lengua, de religión o de nacionalidad, y a señalar a la atención de los grandes males que afligen a la humanidad, tales como la miseria, la desnutrición y las enfermedades. Al hacerlo así favorecen la elaboración por los Estados de las políticas más aptas para reducir las tensiones internacionales y para solucionar de manera pacífica y equitativa las diferencias internacionales.

Artículo V

Para que se respete la libertad de opinión, de expresión y de información, y para que la información refleje todos los puntos de vista, es importante que se publiquen los puntos de vista presentados por aquellos que consideren que la información publicada o difundida sobre ellos ha perjudicado gravemente la acción que realizan con miras a fortalecer la paz y la comprensión internacional, la promoción de los derechos humanos, o a luchar contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra.

En el ámbito regional de la protección de los derechos humanos (OEA), también existen un número importante de declaraciones y convenciones que al igual que en el ámbito internacional prohíbe la discriminación. Los más relevantes son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹³²; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad¹³³; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para).¹³⁴

¹³² Adoptada el 22 de noviembre de 1969.

¹³³ Adoptada el 6 de julio de 1999, Ratificado por México el 12/06/2000.

¹³⁴ Adoptada el 9 de junio de 1994) En el artículo 8 de dicha Convención se establece que: Los Estados Partes convienen en adoptar, de forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: g) alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer.

Como puede observarse, es muy amplio el conjunto de normas que a nivel internacional se han ido aprobando para luchar contra la discriminación. Algunas de forma muy precisa, otras a través de ejercicios interpretativos elaborados por los órganos especializados permiten establecer vínculos entre el derecho a la no discriminación y la libertad de expresión. Queda en manos de los operadores jurídicos (especialmente de los interpretes de la Constitución) utilizar estos instrumentos para construir una relación entre ambos derechos que colaboren en la construcción de sociedades más igualitarias y razonables en el acceso a espacios que hoy siguen reservados como privilegios para ciertos grupos de la población.

III.

*Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.*¹³⁵

Para cerrar el apartado sobre el régimen jurídico del derecho a no ser discriminado en México, es necesario referirse a la Ley que ha sido creada por el Congreso de la Unión para abordar de forma específica dicho tema. No es la única norma encargada de abordar esta problemática¹³⁶, pero sí la más importante en la materia.

La Ley para Prevenir la Discriminación es reglamentaria del artículo 1º de la Constitución y su objetivo es promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Expresamente señala que “Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país.” Como se desprende de las líneas anteriores, la Ley faculta a los poderes públicos para que intervengan en los hechos, con el objetivo de eliminar obstáculos que impidan la

¹³⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003.

¹³⁶ Por ejemplo existen otras Leyes como la Ley General de las Personas con discapacidad, Ley para la protección de niñas y niños, Ley de los derechos de las personas adultas, Ley General de desarrollo social y algunas más otras en donde podemos encontrar normas dirigidas a combatir las distintas formas de discriminación que surfen grupos específicos.

igualdad. Se trata de un fraseo que evidentemente implica una concepción amplia del principio de igualdad esto es tanto formal como material.

En relación con el tema de los medios de comunicación y la libertad de expresión, que es uno de los temas que interesa a este trabajo, conviene subrayar lo que se señala en el artículo 9 fracción XV. Ahí se establece que se considera como conducta discriminatoria: “Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4^o¹³⁷ de esta ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación.” Esta fracción es reforzada por la XXVII del mismo artículo que considera como actos discriminatorios “Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión”.

Como se desprende de la fracción XV, los medios de comunicación tienen un claro límite en lo que toca al manejo de mensajes e imágenes. Si alguna persona considera que ha sido ofendida o ridiculizada por alguno de los motivos prohibidos en el artículo 4^o de la ley, o que los medios han incitado al odio, a la violencia, o están alimentando el rechazo, la burla, la persecución o la exclusión hacia ella, puede acudir al Consejo Nacional para prevenir la Discriminación¹³⁸ con el objetivo de presentar una reclamación o queja para que se lleva a cabo el procedimiento correspondiente y las sanciones previstas por la ley. Como puede observarse se trata de un claro límite a los medios de comunicación (públicos o privados) quienes deben cuidar el contenido de sus programas y publicidad para no incurrir en faltas que pueden ser sancionadas.

En la siguiente fracción del mismo artículo 9^o (XVI) se establece que también será considerada como conducta discriminatoria “Limitar la libre expresión de las ideas,

¹³⁷ “Artículo 4. Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.”

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

¹³⁸ La conformación y atribuciones de Dicho Consejo están establecidas en el artículo 16 de la Ley.

impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público;” De esta fracción se desprende la prohibición de limitar la libre expresión de ideas . Sin embargo, si se hace una interpretación sistemática de esta fracción con el contenido de la fracción XXII del mismo artículo 9º, podemos decir que la Ley establece un claro mandato hacia los medios de comunicación, públicos o privados, para que estos abran los espacios necesarios para que las personas, especialmente las que se encuentran en situación de discriminación, expresen sus opiniones y ejerzan su libertad de expresión. Dicha fracción XXII señala que se considerará una acción discriminatoria (y por tanto prohibida) “Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público... Por lo que se refiere a las Comunidades indígenas, esta obligación es reforzada por el artículo 14 que en su fracción IV establece la obligación de “Emprender campañas permanentes de información en los medios de comunicación que promuevan el respeto a las culturas indígenas en el marco de los derechos humanos y las garantías individuales.”

Como puede observarse de los párrafos anteriores, la legislación secundaria en materia de no discriminación establece algunos importantes vínculos entre dicho derecho y la libertad de expresión que convendría explorar para que ambos derechos se refuercen mutuamente a favor de una sociedad más igualitaria que asegure la libertad de expresión a todas las personas.

Algunas reflexiones conclusivas sobre el tema en México

Quizá lo primero que debemos decir es que nuestro país ha optado venturosamente por organizar su vida política adoptando el modelo de la democracia constitucional. Y en ese sentido se ha comprometido a garantizar un amplio catálogo de derechos fundamentales –muchos de los cuales, por desgracia, todavía no son una realidad para la enorme mayoría de los mexicanos- dentro de los cuales se encuentran la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminados.

En efecto, nuestra constitución recoge expresamente ambos derechos en su parte dogmática y, en esa medida, reconoce su carácter de derechos fundamentales. Desde este punto de vista es atinado afirmar que, constitucionalmente, nuestro país asume el valor que tienen *en sí mismos* y *para* la democracia los principios de libertad y de igualdad en su sentido moderno. Ese dato –si bien es meramente formal- es digno de reconocimiento. Esto es así porque el reconocimiento jurídico de los principios y derechos que dan forma al constitucionalismo democrático es, por decirlo de alguna manera, una primera palanca para transformar la realidad.

Asimismo, es un hecho que nuestro país ha ratificado los documentos internacionales más importantes en materia de libertad de expresión y de derecho a la no discriminación. En esta tercera parte del estudio hemos intentado recuperar el texto de algunas disposiciones significativas para evidenciar el potencial que tiene el derecho internacional como instrumento -de nuevo- transformador. En la medida en la que los operadores jurídicos y sociales echen mano cotidianamente de estos instrumentos jurídicos –que revisten una enorme carga simbólica- aumentarán las posibilidades de ver garantizados en los hechos éstos y otros derechos fundamentales.

Sin embargo, también es una realidad que la legislación secundaria en nuestro país sigue siendo muy deficiente. Esto, sobre todo, en materia de libertad de expresión. Este es un dato ominoso porque, como queda claro en los propios documentos internacionales, la existencia de una legislación moderna en esta materia es una condición jurídica indispensable para su efectiva garantía. Sin leyes que delimiten el contorno de la libertad de expresión –sobre todo los casos en los que es legítimo imponerle limitaciones- es imposible ofrecerle una garantía efectiva ante los poderes públicos –administrativos y jurisdiccionales- y privados. Y, por esta ruta, también queda desprotegido en derecho a no ser discriminado. No olvidemos que ambos derechos suelen ser presa fácil de los grandes intereses. Por ello, una regulación precisa y moderna es una condición necesaria para ofrecer plena garantía a estos dos derechos fundamentales. Crear esa legislación es una tarea pendiente que no debe posponerse.

Los defectos en la legislación mexicana en materia, sobre todo, de libertad de expresión se han visto agravados en los últimos años por la impericia retrógrada de los jueces constitucionales. En esta materia, casi como en ninguna otra, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha errado de manera persistente en sus resoluciones. Ello, incluso, en contra de algunos precedentes garantistas y relativamente progresistas adoptados por algunos jueces y tribunales inferiores. El “caso bandera” que hemos recuperado en la segunda parte de este trabajo es una muestra clara de esta lamentable realidad.

Un tema específico en el que existe un rezago importante es el que tiene que ver con el acceso a los medios de comunicación. La regulación en esta materia –a pesar de lo que dice la constitución- sigue siendo totalmente defectuosa y, en los hechos, privilegia a los grandes grupos económicos que detentan las concesiones radiofónicas y televisivas. Si se quiere potenciar la sinergia positiva entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminados es indispensable remontar e invertir esta situación. Los medios pueden y deben ser un instrumento *también* de los más débiles para colocar en al agenda pública sus argumentos,

opiniones, agendas y problemas. El ejercicio de la libertad de expresión, a través de los medios de comunicación de masas, puede ser un instrumento muy poderoso para combatir discriminaciones históricas de las que son víctimas millones de personas en nuestro país. En este sentido, el caso de los indígenas, es emblemático.

En los últimos años, sobre todo en materia político-electoral, en México, han surgido casos en los que la libertad de expresión ha entrado en conflicto con otros derechos fundamentales –como el derecho al honor- y con principios del estado democrático. Si bien los casos mexicanos no han sido tan conocidos como algunos de los eventos que han suscitado debates acalorados en otros países, lo cierto es que el tema ha llegado para quedarse. Basta con pensar en las disposiciones aprobadas en la reforma electoral del año 2007 para constatar que la discusión sobre los límites a la libertad de expresión es y seguirá siendo de la máxima importancia. Ahora, por ejemplo, la constitución establece en su artículo 41 que “en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los partidos políticos, o que calumnien a las personas”. Esta disposición, por el momento, ha sido objeto de críticas y elogios en el seno de la opinión pública pero aun no ha sido interpretada por las autoridades electorales. El reto que los jueces tienen enfrente no es menor porque deberán encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión y otros derechos y valores relevantes. Para hacerlo, seguramente, tendrán que echar mano de la técnica conocida como “ponderación”.

Hasta ahora no ha sido habitual que las instancias jurisdiccionales –en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación- se pronuncien sobre tensiones y conflictos entre derechos constitucionales. Por lo mismo no existe una jurisprudencia constitucional robusta sobre el tema que nos ocupa. No sabemos, por ejemplo, si los jueces constitucionales aceptan que los poderes privados también pueden vulnerar derechos fundamentales como la libertad de expresión y

el derecho a no ser discriminados. Un pronunciamiento en ese sentido sería fundamental para ampliar la garantía de estos derechos.

Nosotros, como lo advertimos en su momento, albergamos dudas sobre cuáles serían las circunstancias en las que es legítimo, prudente y atinado limitar un derecho tan especial como la libertad de expresión. Pero asumimos que es un tema que no puede evadirse. No en una sociedad democrática.

Nos preguntamos, por ejemplo, si en aras de garantizar el derecho a la no discriminación, deben prohibirse personajes con los que se hace escarnio de las personas homosexuales y que son moneda corriente en muchos programas de televisión -“Masiel” en Mtv, “Yahairo” interpretado por Omar Chaparro, la serie “Rosas por siempre” de Adal Ramones, “Carmelo y Paul” de la Hora Pico, “Agapito” en el programa de “La Escuelita”, etc.- o interpretaciones como la que hace María Elena Velasco de Eliche de la “India María” o el negrito “Tomás” de Héctor Suárez. Difícil saberlo. La libertad de expresión debe ofrecer un amplísimo espacio para la sátira la broma e, incluso, la burla. Pero, al mismo tiempo, nadie debe ser discriminado por sus preferencias, origen étnico, raza, etc. Alguien, no sin razón, podría argumentar que estas interpretaciones satíricas no constituyen una discriminación en sí mismas; pero otro más podría aducir que esta clase de representaciones estigmatizan a las personas que pertenecen a grupos minoritarios vulnerables –homosexuales, indígenas, mujeres, negros- e inducen a su marginación social.

Seguramente en lector tendrá una opinión al respecto. Nosotros, para concluir, nos limitamos a recordar –con Luigi Ferrajoli- que los derechos fundamentales siempre son los derechos del más débil. Tenerlo presente puede ser una buena guía para orientarse en el nebuloso terreno de los casos difíciles. Algo así como una máxima irrenunciable durante el ejercicio de “ponderación”.

GLOSARIO

Derecho a la información: Es la dimensión pasiva de la libertad de expresión que implica que las personas deben recibir toda la información necesaria para continuar expresándose libremente

Derecho a no ser discriminado: Representa una garantía de que todas las personas –precisamente por tener la misma *dignidad*- recibirán un trato igual en circunstancias similares.

Discriminación: La acción de distinguir o separar unas cosas de otras, tomando en cuenta sus diferencias

Igualdad como diferenciación (igualdad material): Esta noción se basa en el reconocimiento jurídico de las diferencias y permite que el derecho establezca tratos diferenciados cuando se considere necesario.

Igualdad como equiparación (igualdad formal): Se entenderá como el principio de trato igual, el cual establece la obligación a todos los poderes públicos de dar un trato igual a todas las personas ante la ley.

Igualdad en la ley: Es la obligación de ofrecer un trato igual que recae de forma específica sobre el poder al que se le ha encomendado la tarea de elaborar normas.

Igualdad democrática: Es la igualdad en el derecho/poder de participar en la adopción de las decisiones colectivas. Supone que los individuos puedan decir siempre y sin limitación alguna cuáles son las decisiones –reglas, acciones, etc.- que regirán la vida de su comunidad.

Libertad de expresión: Es un instrumento idóneo para que todas las personas puedan manifestar sus ideas, emociones, sentimientos. Supone el reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos y, simultáneamente, se ofrece como un medio para que dicho reconocimiento se haga patente.

Libertad negativa: Se trata de una libertad que busca remover los impedimentos y las constricciones a la acción individual.

Libertad positiva: Se conoce también como libertad como autonomía. Se refiere a la relación activa que tiene cada individuo con las normas colectivas a las que se somete y que *contribuye a producir*. Los individuos serán libres en la medida en la que participen directamente en la formación de las decisiones a las que se someterán por ser miembros del grupo social.

Bibliografía

Alemaný, M., *La estrategias de la igualdad*, en *Isonomía*, México, núm. 11, México 1999.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Añón, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, México, Fontamara, 2001.

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

Barberis, M., *Libertad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2002.

Berlin, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

Bobbio, N., *Libertad e Igualdad*, Barcelona, Paidós, 1993.

_____, *Teoria Generale della Politica*, Turín, Einaudi, 1999.

_____, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli, 1994.

Bovero, M., *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

_____, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.

_____., "La intransigencia en el tiempo de los derechos", México, en Isonomía, No. 13, 2000.

Carbonell, M. (Compilador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH, Porrúa, 2004.

_____., *Notas sobre la libertad de expresión en México*, en Carbonell, Miguel (Compilador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH, Porrúa, 2004.

_____., *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, CNDH, 2004.

_____., (comp), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de Introducción*, México, CNDH, 2003.

_____. (et. al.),. *Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Segunda edición, México, Porrúa, CNDH, 2003.

_____., Carbonell, *Ultrajando a la Constitución*, en Vázquez, S. (coordinador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007.

Coderch, P., F., Gómez Pomar, *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002.

Comanducci P., *Uguaglianza: una proposta neoilluminista*, Turín, Analisi e diritto, Giapichelli, 1992.

Cruz Parceró, J., *De poemas, banderas, delitos y malas decisiones*, en Vázquez, S. (coordinador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007.

Courtis Christian *Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino*, en De la Torre, Carlos (coord.) *Derecho a la no discriminación*, México, IJ, UNAM, 2006..

De la Torre, Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006.

Dworkin, R., *Sovereign Virtue. The theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

_____, *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003

Ferrajoli, L., “*Tre concetti di libertà*”, Roma, Democrazie e diritto, 2000.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

_____, *Principia iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

Fiss, O., *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997.

_____, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Garzón Valdés, E., *Lo íntimo, lo público, lo privado*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

Giménez Gluk, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Greppi, A., *Aplicar la ética a la comunicación social*, en Carbonell, Miguel (Compilador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH, Porrúa, 2004.

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

Holmes, S., “*¿Restricciones liberales al poder privado?: Reflexiones sobre los orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación*”, México, en *Isonomía*, núm. 26, 2007.

Jiménez Campo, J., *La igualdad jurídica como límite frente al legislador* en *Revista Española de derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1993.

Jiménez, Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Madrid, Tirant lo blanch, 1999.

Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977.

Kymlicka, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.

Laporta, Francisco, *El derecho a informar y sus enemigos*, en Carbonell, Miguel (Compilador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH, Porrúa, 2004.

_____. “Problemas de la igualdad” en Varcancel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, . Pablo Iglesias, 1994.

López Ayllón, S., “*Derecho a la información*”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002.

Martínez, C. (coordinador), *El derecho a la no discriminación*, IJ-UNAM, México, 2006.

Martínez, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000.

Martínez Torrón, J., *Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México*, México, Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, No. 117, 2000.

Orozco Henríquez, J., “*Libertad de Expresión*”, en VV. AA., *Diccionario de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, Porrúa, México, 2002.

Ortiz, J., *La ponderación y la libertad de expresión*, en Vázquez, S. (coordinador), México, *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, Porrúa, 2007.

Peña, Francisco, *Gestión local y control estatal del agua en regiones indígenas de México*, en Peña, Francisco (coord.) *Los Pueblos Indígenas y el Agua: desafíos del siglo XXI*, Colegio de San Luís, 2004.

Pisarello, Gerardo *Los derechos sociales y sus garantías; elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007

Polo Sabau, J. R., *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2002.

Pou, F., *El precio de disentir. El debate interno en la Corte*, en Vázquez, S. (coordinador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007.

Rapporto sulla laicità. Il testo della Commissione francese Stasi (Velo islamico e simboli religiosi nella società europea), Italia, Libri Scheiwiller, 2004

Rey, F., *El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1995.

Rivera, A., "L'interdetto del 'velo': antropología di una contesa pubblica" en *Parolechiave*, 33, 2005, pp. 171-189

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva*, en *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Navarra, núm. 44, 2001.

Rollnert, G., *Los límites de la libertad de ideológica y de la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional española*, en Carbonell, Miguel (Compilador), México, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, CNDH, Porrúa, 2004.

Ruiz, A., *La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Alicante, en *Doxa cuadernos de filosofía del derechos*, 1996.

Saavedra M., *La libertad de expresión en el estado de derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.

Sadurski, Wojciech, *Freedom of speech and its limits*, Holanda, Kluwer Academic Publishers, 1999.

Salazar, L., *Religiones, laicidad y política en el siglo XXI*, México, en Isonomía, núm. 24, 2006.

Salazar, P., *La democracia constitucional. Una radiografía Teórica*, México, FCE-UNAM, 2006.

_____, *Laicidad. Un antídoto contra la discriminación*, México, CONAPRED, 2007.

Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

Sen, Amartya, *Igualdad, ¿de qué?" en Nuevo examen de la desigualdad*, España, Alianza editorial, 1992.

Shapira, Amos, *¿Debe protegerse un discurso de odio y violento? algunas reflexiones sobre la libertad de expresión y sus límites*, en Carbonell, Miguel (Compilador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH, Porrúa, 2004.

Sustein, Cass, R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995.

Tamayo, J. J., *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, Madrid, Trotta, 2004.

Tortarolo, E., *Il Laicismo*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

Trejo Delarbre, R., *Civilizar a los poderes salvajes. Ilimitado dominio de los medios de comunicación*, en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, IIJ-UNAM, 2002.

Vázquez, R. (compilador), *Tolerancia y pluralismo*, México, Ediciones Coyoacán, 2005.

_____., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 2006.

Weinstein, James, *Hate Spech, Pornohraphy, and the Radical Attack on Free spech Doctrine*, Arizona, Westview press, 1999.

Sentencias del Tribunal Constitucional Español:

<http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html>

Sentencia 176/1995

Sentencia 214/1991

Notas de Internet

Garton, Timothy, *Castigar a quien niegue el Holocausto*, un gran error, México El universal, 18 de mayo de 2007.

<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/37613.html>

SCJN: *omisión de congresos al incumplir a indios en materia de radios comunitarias*, México, La Jornada, 16 de octubre de 2007.

<http://www.jornada.unam.mx/2007/10/16/index.php?section=politica&article=013n1pol>

“*La religión musulmana no puede quedar exenta de crítica y sátira*” entrevista: Lars Vilks caricaturista sueco amenazado de muerte por Al Qaeda, España, el país, 19 de septiembre de 2007.

http://www.elpais.com/articulo/internacional/religion/musulmana/puede/quedar/exenta/critica/satira/elpepuint/20070919elpepiint_5/Tes

Los países Bálticos exigen que la UE equipare crímenes nazis y estalinistas, España, El país, 18 de abril de 2007.

http://www.elpais.com/articulo/internacional/paises/balticos/exigen/UE/equipare/crimenes/nazis/estalinistas/elpepuint/20070418elpepiint_14/Tes

Abdelhadi, Magdi, *Las imágenes de la división*, BBC mundo, 05 de febrero de 2006.

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4682000/4682008.stm

Claves: polémica por caricaturas, BBC mundo, 06 de febrero de 2006.

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4686000/4686188.stm

Caricaturas: se intensifica el conflicto, BBC mundo, 01 de febrero de 2006.

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4671000/4671564.stm

“*¿Irving? Déjenlo ir a casa?*”, BBC mundo, 20 de febrero de 2006.

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4733000/4733870.stm

“El Holocausto es un mito”, BBC mundo, 14 de diciembre de 2005.

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4528000/4528694.stm

Las 12 caricaturas de mahoma que indignaron al mundo islámico, Argentina, infobae.

<http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=236303&IdxSeccion=100796>

Racismo y Xenofobia en Europa: ¿debe considerarse delitos negar el holocausto?

http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/017-4262-078-03-12-902-20070314STO04225-2007-19-03-2007/default_es.htm

Decisión- marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia.

<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33178.htm>

Asamblea General adopta resolución que condena negación del Holocausto.

<http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=8685&criteria1=Asamblea>

Schvindlermna, Julián, *La negación del Holocausto en el mundo árabe/musulmán*. Argentina, radiojai, 26 de julio de 2007.

http://www.radiojai.com.ar/Online/notiDetalle.asp?id_Noticia=31557