

**Temas selectos de
Derecho Electoral**

3

La Libertad de Expresión en Materia Electoral

Miguel Carbonell

Temas selectos de **3**
Derecho Electoral

La libertad de expresión en materia electoral

Miguel CARBONELL

342.21022 Carbonell, Miguel.

M6

C133I

La libertad de expresión en materia electoral / Miguel Carbonell. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

71 p. -- (Temas Selectos de Derecho Electoral; 3)

ISBN 978-970-671-291-2

1. Estado. 2. Democracia. 3. Libertad de Expresión.
4. Publicidad Gubernamental. 5. Medios de
Comunicación. I. Serie.

SERIE TEMAS SELECTOS DE DERECHO ELECTORAL

D.R. 2008 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero No. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Lic. Rodolfo Terrazas Salgado,
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Información, Documentación y Transparencia.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad
exclusiva del autor.

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa
Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Consejo Editorial

Magistrado Manuel González Oropeza
Presidente

Magistrada María del Carmen
Alanis Figueroa

Magistrado Salvador O. Nava Gomar

Doctor Sergio García Ramírez

Doctor Lorenzo Córdova Vianello

Doctor Rafael Estrada Michel

Doctor Salvador Cárdenas Gutiérrez

Doctor Álvaro Arreola Ayala

Vocales

Comité Académico

Magistrada María del Carmen
Alanis Figueroa
Presidenta

Magistrado Manuel González Oropeza

Doctora Karina Mariela
Ansolabehere Sesti

Doctor Ruperto Patiño Manffer

Doctor Pedro Salazar Ugarte

PRESENTACIÓN

Uno de los procesalistas mexicanos más importantes de los últimos tiempos solía decir que la práctica sin teoría se convertía en simple repetición mecánica, pero que la teoría sin práctica era sólo retórica. El Tribunal Electoral, por su propia naturaleza de órgano de relevancia constitucional, en esta nueva integración ha decidido iniciar una etapa de reconstrucción de las funciones académicas, pues estamos convencidos que dicha función, en el ámbito del Derecho Electoral, constituye un instrumento indispensable para potenciar el desarrollo de esta rama del Derecho, tanto en su ámbito teórico como en el práctico.

En este contexto, el Tribunal Electoral considera que se debe fomentar que los órganos e instituciones del Estado, en quienes se depositan las funciones electorales, cuenten con los medios idóneos para formar y actualizar al personal, toda vez que, en la medida que se garantice su preparación, se contarán con mayores y mejores elementos para el cumplimiento eficaz de sus responsabilidades.

En este sentido, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, consciente de que esta tarea puede constituirse en el insumo para una justicia de calidad, ha impulsado el análisis profundo de temas relevantes en materia electoral que resultan de vital importancia para entender la democracia hoy en día. Temas que tocan de manera transversal todas las elecciones de la República: límites a la libertad de expresión, financiamiento y fiscalización de los recursos, sistemas de representación proporcional, nuevas competencias de los organismos electorales.

Por ello, se presentan las series de investigaciones que sin duda resultarán de gran relevancia para la comunidad jurídica

vinculada con esta materia. En este caso, estamos en presencia de la denominada Serie Temas Selectos de Derecho Electoral, que tiene como objetivo realizar investigaciones de temas actuales, de trascendencia política, económica y social. Esperamos que el lector encuentre en estas páginas las respuestas a los problemas actuales del Derecho Electoral, para que pueda, como quería el procesalista mexicano, hacer de su función cotidiana un adecuado engranaje entre la teoría y práctica, para contribuir en el esfuerzo del perfeccionamiento constante del sistema democrático de nuestro país.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

PRÓLOGO

La libertad de expresión es uno de los derechos más importantes del Estado democrático, pues a través de ésta se permite el libre intercambio de las ideas, el cual resulta indispensable para la conformación del diálogo racional, cuyo fin es derivar en construcciones normativas y en la toma de decisiones plurales.

El artículo 6, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege la libertad de expresión y establece las limitantes en torno a la misma; al respecto dispone que 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 artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; asimismo, que 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.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que 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.¹

Es importante destacar que en materia electoral, la protección de este derecho adquiere una dimensión particular, lo ante-

¹ Véase la tesis de jurisprudencia del Pleno: P./J. 25/2007, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1520.

rior es así, toda vez que se requiere la generación de un discurso dirigido a la ciudadanía con objeto de acceder a los cargos de elección popular.

Como es de suponer, el discurso en materia electoral se encuentra sujeto a la protección constitucional, pero también a las limitantes establecidas al respecto, se destaca lo establecido en el artículo 41, base III, Apartado C, párrafo primero de la Constitución, en el cual se establece que en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas.

En el marco del discurso electoral, la investigación de Miguel Carbonell constituye un punto de partida para todos aquellos que se encuentren interesados en el conocimiento de la libertad de expresión, la cual se encuentra elaborada de forma sintética y clara, estructurada de forma tal que guía al lector a partir de un conocimiento teórico del tema, para analizar de forma posterior diversos aspectos vinculados con la misma.

Dentro de los temas que aborda la presente investigación se encuentra el derecho de réplica, el acceso de partidos y candidatos a los medios de comunicación, la contratación de publicidad, las campañas negativas, sanciones y publicidad gubernamental.

En torno al derecho de réplica el autor resalta que derivó de la reforma constitucional del año 2007; señalando que no se trata de un instrumento para propiciar un debate entre personas o para ilustrar diferencias de criterio entre ellas, sino en todo caso las informaciones susceptibles de respuesta deben ser datos o afirmaciones que pueden ser examinados en cuanto a su corrección, exactitud o integridad y cuya declaración sustancial no es la mera manifestación de una opinión personal.

Con relación al acceso de los partidos y candidatos a los medios de comunicación, el autor refiere el nuevo régimen aplicable a raíz de la reforma constitucional antes mencionada.

Más adelante, tocante al tema de la contratación de publicidad, Miguel Carbonell señala los efectos benéficos de la reforma constitucional, así como algunos cuestionamientos en torno a su correcto alcance y significado.

Las campañas negativas han presentado especial interés dentro del marco de la libertad de expresión, lo anterior es así en razón de sus posibles efectos perniciosos en torno al libre intercambio de las ideas; en la presente obra el autor realiza el cuestionamiento relativo a si la disposición que establece las limitantes atinentes debe encontrarse en la Constitución, o si sería suficiente que se encuentre en la legislación secundaria; asimismo, establece algunos parámetros interpretativos a fin de evitar una colisión entre las normas constitucionales.

En materia de sanciones, el autor analiza diversos temas relativos al alcance de las mismas, la censura y la garantía de audiencia, así como la existencia de un procedimiento expedito, y en alguna medida desformalizado, que permita dejar a salvo los derechos fundamentales de los interesados.

Por último, tratándose de la publicidad gubernamental el autor señala la reforma constitucional del 2007 y el régimen que al efecto se instauró con el que se prohíben las campañas de publicidad gubernamental en períodos electorales y, en todo tiempo, la publicidad “personalizada”.

Como puede advertirse, en la presente obra se estudian los principales temas relacionados con la libertad de expresión en materia electoral, también constituye una invitación para que todos aquellos interesados en el estudio de dichos tópicos reflexionen sobre sus diversas vertientes y, de esta forma, continúe el diálogo racional en torno a su alcance y limitaciones constitucionales.

*Magistrado Manuel González Oropeza
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL*

*Miguel
Carbonell*

*Investigador en el Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

SUMARIO: I. Introducción. II. Justificaciones posibles a la libertad de expresión. III. ¿Qué actos están protegidos por la libertad de expresión? IV. Derecho de réplica. V. Acceso de partidos y candidatos a los medios de comunicación. VI. Contratación de publicidad. VII. Campañas negativas. VIII. Sanciones. IX. Publicidad gubernamental.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es considerada universalmente como un componente básico de todo régimen democrático. Existe un amplio consenso acerca del papel central que dicha libertad tiene para la configuración de cualquier país como un Estado democrático. Para decirlo de forma breve: si no hay libertad de expresión, difícilmente habrá democracia. Uno y otro concepto, en consecuencia, parecen ir de la mano.

* Agradezco el apoyo recibido de María del Carmen Alanís, Enrique Ochoa Reza, Rodolfo Terrazas Salgado y, sobre todo, de Santiago Nieto Castillo.

Ahora bien, ¿por qué la libertad de expresión tiene tanta importancia?, ¿qué es lo que la hace relevante o incluso esencial para un sistema político democrático? Antes de intentar contestar estas preguntas podríamos incluso formular otras de carácter quizá más general: ¿qué es lo que protege en concreto la libertad de expresión?, ¿cuándo estamos frente al ejercicio de dicha libertad? y ¿cuándo nuestros actos dejan de ser expresivos y se convierten en conductas de otro tipo?, ¿cómo debe o puede convivir la libertad de expresión con los demás derechos fundamentales que reconocen las constituciones democráticas de todo el mundo?, ¿hay límites a la libertad de expresión?, y si los hay ¿cómo podemos definirlos correctamente?, ¿cuáles de ellos son aceptables y cuáles no dentro del modelo de Estado constitucional de derecho?

Una vez que seamos capaces de tener alguna idea más o menos cierta de las posibles respuestas a esas cuestiones podremos estar en aptitud de dirigir nuestra mirada al sistema constitucional mexicano, para intentar contestar a la pregunta central de este ensayo: ¿cuál es, en México, el alcance de la libertad de expresión en materia electoral y cuáles son sus límites?, ¿cómo se relacionan los partidos políticos, los candidatos a un puesto de elección popular y los medios de comunicación?, ¿de qué manera debe ejercerse la libertad de expresión durante las campañas electorales? Para poder abordar estas cuestiones es necesario proveernos de un marco conceptual que nos permita avanzar con alguna seguridad.

Lo primero que se debe hacer es justificar la importancia de la libertad de expresión.

Antes de empezar quizá debamos advertir al lector que la reflexión sobre la libertad de expresión en materia electoral no surge en el vacío, ni supone un ejercicio solamente académico. La reforma electoral del año 2007 tuvo como uno de los ejes de debate, durante el trámite para su aprobación, el asunto de la libertad de expresión. Casi todos los actores relevantes estuvie-

ron de acuerdo en que la regulación de dicha libertad era uno de los objetivos centrales del proceso de reforma. Para algunos la reforma finalmente supuso un avance democrático, mientras que otros se quedaron con una cierta percepción negativa de su contenido, por lo que se refiere a la libertad de expresión.

Como quiera que sea, lo cierto es que el tema de la libertad de expresión en materia electoral es una cuestión de la mayor relevancia para el presente y para el futuro del sistema de partidos en México, para la forma en que se hace política en nuestro país y, en definitiva, para el devenir de la democracia misma. De ahí la necesidad de estudiar todos los aspectos a los que nos convoca la reforma electoral del 2007, a partir en todo caso de un marco conceptual que nos ahorre extravíos y que nos sirva de guía para una correcta aplicación de todas las normas constitucionales.

II. JUSTIFICACIONES POSIBLES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Partamos de una óptica filosófica más que normativa: ¿qué justifica que debamos proteger la libertad de expresión?, ¿por qué debe una persona tener el derecho de expresar un punto de vista con el que no estamos de acuerdo?, ¿qué valor importante se tutela al permitir a ciertos sujetos defender ideas que sabemos que están equivocadas o son contrarias a la evidencia científica disponible?, ¿por qué debemos permitir que las personas adultas se alleguen de material que consideramos obsceno o que difunde valores contrarios a nuestras creencias más íntimas o esenciales?

Hay al menos tres distintos tipos de justificaciones de la libertad de expresión, o tres grandes tipos de argumentos que sirven para fundamentar su importancia:

- a) El argumento sobre el descubrimiento de la verdad;

- b) El argumento de la autorrealización personal, y
- c) El argumento de la participación democrática. Veamos, aunque sea a grandes rasgos, qué propone cada una de estas aproximaciones.

A) EL ARGUMENTO SOBRE EL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD

La verdad es un concepto o un objeto que suele ser valorado positivamente en las sociedades contemporáneas. Algunos pensadores le reconocen a la verdad un valor autónomo, mientras que otros la defienden a partir de postulados utilitaristas: la verdad sería algo valioso en la medida en que permitiría el progreso de la sociedad y el desarrollo humanos. Ahora bien, para llegar a descubrir la verdad, en la medida en que esto sea humanamente posible, es necesario poder discutir todos los elementos relevantes, dejando que cualquier persona se exprese sobre un cierto tema.

En este sentido, como lo dijo el gran juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes, debemos crear un “mercado de ideas”, donde cada una de ellas compita con las demás en una suerte de competición intelectual que nos acerque a todos a la verdad.¹

El pasaje de Holmes en el que expresa su postulado del mercado de las ideas es el siguiente:

“Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre

¹ El postulado de Holmes sobre el “mercado de las ideas” se encuentra en su conocido voto disidente dentro del caso *Abrams versus US*, resuelto en 1919. Sobre esta idea puede verse, entre otros, Coderch, Pablo Salvador (director), *El mercado de las ideas*, Madrid, CEC, 1990.

intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros... tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte... Únicamente una situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal.”²

El argumento de la verdad como vía para defender la libertad de expresión parece ajustarse a patrones claros de racionalidad: ¿cómo podré dar con la verdad si no escucho todos los elementos que pueden ser relevantes para formar mi propio criterio?, ¿cómo podremos saber si tal o cual postulado es cierto si no tenemos a la vista todas las circunstancias o puntos de vista que sean pertinentes? Este tipo de razonamiento se aplica incluso en los procesos judiciales, en los que la búsqueda de la verdad legal se emprende a partir de una serie de reglas formales y sustanciales que nos indican, entre otras cuestiones, que el juez debe escuchar a las partes y que éstas tienen el derecho de aportar ante el órgano judicial todos los elementos de convicción que sean oportunos para el caso concreto que se está ventilando.³

Ahora bien, el elemento de la verdad no puede servir para justificar por sí sólo el derecho de libertad de expresión. En efecto, puede haber cierta información que sea verdadera pero que

² He tomado la traducción de los pasajes transcritos de Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, p. 191.

³ Ver sobre este punto el análisis de Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

no pueda ser dada a conocer; es el caso de la información relativa a la vida privada de las personas. Aunque una información de ese tipo sea verdadera, el darla a conocer está prohibido en la mayor parte de los Estados democráticos.

Por otro lado, algunos especialistas en el tema han señalado que una debilidad de este argumento es que una discusión libre no necesariamente permite llegar a la verdad.⁴ Para ello sería necesario no solamente dicha libertad, sino también que los participantes en el debate lo hicieran de forma desinteresada, poner a un lado sus argumentos y actuar de buena fe respecto de las posturas contrarias. Esto no siempre se verifica en la práctica, como cualquier observador de la política contemporánea puede atestiguar.

Por otra parte, en la actualidad el «mercado de las ideas» que postulaba Holmes quizá no esté abierto para todos. Hay personas que tienen la capacidad de hacerse oír por sus semejantes, mientras que otras no tienen acceso a los canales de difusión del pensamiento y deben contentarse con transmitir sus puntos de vista a las personas que tienen cerca. La accesibilidad al mercado tiene poco que ver con el contenido de verdad de las ideas que cada persona defiende; puede haber ideas verdaderas que simplemente no figuren en el debate público, mientras que otras —que son falsas— se diseminan con gran amplitud.

Finalmente, el argumento de la verdad parte de una idea que difícilmente es verificable: aquella que sostiene que todos los participantes en el debate público van a sostener posturas e ideas racionales. El postulado del interlocutor racional como participante activo o pasivo del mercado de las ideas puede ser puesto en cuestión.

Ahora bien, pese a sus defectos, el argumento que se basa en la búsqueda de la verdad para defender la libertad de expresión

⁴ Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 7-13.

es interesante ya que nos permite defender una idea valiosa (la verdad) y porque da lugar a regulaciones jurídicas que permiten e incluso fomenten el pluralismo informativo, de modo que todas las ideas puedan llegar al menos a ciertos destinatarios. De la misma forma, el valor de la verdad permite determinar algunos límites a la libertad de expresión; por ejemplo, en muchos países democráticos están prohibidas las expresiones comerciales que se alejen de la verdad o que difundan entre el público ideas fraudulentas sobre un cierto producto.

También se suele prohibir la transmisión de noticias que carezcan seriamente de veracidad; la veracidad aparece incluso en el texto de la Constitución española de 1978, que en su artículo 20 dispone: “1. Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar y recibir libremente información *veraz* por cualquier medio de difusión”.

Al interpretar la extensión de la veracidad exigida por este precepto el Tribunal Constitucional español ha manifestado que “...al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático... La libertad de expresión comprende la de errar... la afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa...” (Sentencia 176/1995). En otra sentencia, el mismo órgano manifiesta que “...la afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la *verdad* como condición para el reconocimiento del derecho la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (Sentencia 6/1988).⁵

⁵ En México la jurisprudencia también se ha referido a la veracidad, aunque de forma un poco menos afortunada, para tratar casos de daño moral por publicaciones periodísticas; entre otras puede citarse la siguiente tesis: DAÑO MORAL. PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS QUE LO CAUSAN. El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, dispone que por daño moral se

El argumento de la verdad es muy relevante en materia electoral, ya que el ciudadano está interesado en conocer a los candidatos y saber si sus propuestas son o no ciertas, si son viables, si son congruentes, si soportan un análisis empírico, etcétera. También permite a los ciudadanos identificar la honestidad intelectual de los candidatos y de los partidos, de forma que las propuestas que hoy realizan no se opongan a lo que defendían en el pasado o viceversa. La libertad de expresión permite al ciudadano votante acercarse a elementos objetivos para guiar su preferencia electoral.

B) EL ARGUMENTO DE LA AUTORREALIZACIÓN

La libertad de expresión permite realizarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral. Al estar expuestos a una diversidad de ideas, pensamientos, noticias e informacio-

entiende la alteración profunda que la víctima sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, reputación, honor, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito; por su parte, el diverso numeral 1830 del ordenamiento legal en cita, establece que es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. En ese orden de ideas, para no incurrir en alguna de las hipótesis contenidas en tales preceptos legales, los medios de comunicación impresa están obligados a corroborar la veracidad de las notas informativas que pretendan publicar; es decir, deben verificar que aquello que van a hacer del conocimiento público se apegue a la realidad, para estar en aptitud de publicar una información objetiva y veraz, y no afectar el honor y reputación de las personas, causándoles un demérito en su prestigio, lo que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de Imprenta vigente, constituye un ataque a la vida privada, única limitante a la libertad de expresión, prevista en los numerales 6º y 7º de la Constitución Federal; en consecuencia, dichos medios deben ajustar a la verdad sus notas informativas, cuidar además los términos que emplean al redactarlas, atender a que no debe ser justificante que quien hace una publicación ignore el significado jurídico del término empleado, puesto que el desconocimiento de la ley no puede servir de excusa para un medio de comunicación que se presume cuenta con especialistas y profesionales en la labor informativa. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, mayo de 2000, p. 921.

nes, podemos ir forjando nuestra propia personalidad y delimitando los ideales que han de guiar nuestra existencia. La libertad de expresión nos permite ser individuos más maduros y reflexivos, con lo cual nos beneficiamos nosotros, pero también beneficiamos a la sociedad en la que vivimos. En parte, la libertad de expresión que ejercemos tanto en calidad de emisores como en calidad de receptores nos puede acercar al ideal de vivir una existencia feliz. La libertad de expresión, en este sentido, sería un elemento productor de felicidad. Por eso es que debemos defender la libertad de expresión, incluso de forma preferente frente a otros derechos.

Ahora bien, como pasa con el argumento de la búsqueda de la verdad, el argumento de la autorrealización personal tampoco puede ser utilizado de manera aislada para justificar cualquier ejercicio de la libertad de expresión.⁶

Por ejemplo, este argumento no nos permitiría justificar que también las llamadas personas morales o personas jurídico-colectivas —por ejemplo, los partidos políticos— tuvieran derecho a la libertad de expresión (lo que se reconoce en la mayor parte de países democráticos del mundo). Las personas colectivas no pueden tener conciencia moral y, en esa medida, no pueden aspirar a algo así como la “autorrealización”, que es más bien un privilegio de las personas individuales.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer que el argumento de la autorrealización pone de manifiesto la relación que existe entre libertad de expresión y autonomía moral de las personas. La libertad de expresión nos permite forjar nuestros propios planes de vida, al allegarnos de información útil para establecer prioridades vitales o para descartar formas de conducta que consideramos equivocadas.

Este tipo de argumento nos permite distinguir entre aquella información que es relevante para configurar nuestras ideas mo-

⁶ Barendt, Eric, *Freedom of speech*, cit., pp. 13-18.

rales y políticas, y aquella otra que es de carácter técnico y que, en ciertos supuestos, puede ser dañina para los demás. Así por ejemplo, cualquier sistema democrático aceptaría que es una limitación adecuada a la libertad de expresión que se impida dar a conocer a través de internet la manera en que se puede fabricar una bomba nuclear. Ese tipo de información puede ser relevante para ciertos sujetos (e incluso para su autorrealización como personas), pero no puede ser permitida en virtud de su potencial de daño hacia otros derechos relevantes y hacia la autorrealización de los ideales de vida de otras personas.

El argumento de la autorrealización es relevante en materia electoral, ya que permite advertir la naturaleza moralmente autónoma de los ciudadanos y la necesidad de que exista libertad de expresión para que sean capaces de proyectar sus ideales de vida hacia el terreno de la política en general y de los asuntos electorales en particular. Una parte de la autorrealización de una persona puede consistir en el hecho de querer vivir bajo el gobierno de tal o cual partido, o en la defensa de cierta ideología, o incluso en la postulación de ciertas ideas políticas. Esa forma de autorrealización política solamente se puede alcanzar cuando existe libertad de expresión.

C) EL ARGUMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

La democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes adultos del país de que se trate. Para que esa participación no sea meramente testimonial sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión, como requisito previo para la generación de un debate público que sea “abierto, desinhibido y robusto”, para retomar los conceptos escritos por el juez William Brennan en la sentencia *New York Times versus Sullivan*. Este tipo de argumentos es secundado, entre otros, por los

defensores de la democracia deliberativa, que entienden al debate público como un componente muy relevante del sistema democrático.⁷

La libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.

La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas.

La libertad de expresión permite alimentar las campañas partidistas, confrontar las ideas de los candidatos, ejercer la crítica contra los malos funcionarios, proponer modelos más funcionales en la forma de gobierno, etcétera.

Ahora bien, igual que sucede con los dos tipos de argumentos que ya hemos examinado, tampoco el argumento de la participación democrática nos puede servir para dar fundamento, por sí sólo, a la libertad de expresión. En efecto, hay ciertas modalidades expresivas que no guardan relación con la democracia y con la participación política, pero que se consideran merecedoras de protección jurídica.

Es el caso de la protección que reciben los discursos artísticos, las novelas, la poesía, el material con contenidos sexualmente explícitos o la publicidad comercial. Todo ello está protegido, con independencia de que sea relevante para la participación democrática de los ciudadanos.

Incluso más: en democracia se protege también el discurso que propugna por la abolición del propio régimen democrático y de todas sus instituciones. La disidencia radical, la disidencia anti-democrática, merece ser protegida y debe tener un lugar dentro

⁷ Ver Elster, Jon (compilador), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000.

del debate público contemporáneo. Sofocar ese tipo de discursos, aunque existan evidentes razones para demostrar su falsedad o impertinencia, nos acercaría a un terreno que ninguna democracia debe permitir, salvo casos excepcionales: el de la censura previa por razones de contenido del discurso. Bajo el paraguas de la democracia deben caber todos los discursos y todos los interlocutores, por equivocados que sean sus argumentos, y salvo los límites que señalaremos más adelante.

La libertad de expresión es lo que permite que las posturas políticas que en algún momento son minoritarias puedan convertirse en mayoritarias. Esto es lo que da lugar, llevado al terreno de lo partidista, a la alternancia en el gobierno, rasgo que es consustancial a la práctica del Estado democrático. Los partidos que hoy en día son minoría pueden expresar su crítica al gobierno y ofrecer a los ciudadanos las propuestas alternativas que consideren más adecuadas. Los ciudadanos podrán valorar esas propuestas y darle a ese partido su respaldo a través del sufragio. De esa manera la libertad de expresión contribuye de forma significativa y concreta al desarrollo democrático.

Una muy elocuente defensa de la libertad de expresión por su valor para la solidez del régimen democrático puede verse en el voto particular que hizo el juez Louis Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Whitney versus California*, resuelto en 1927. Se trata de un pasaje más o menos largo, pero que vale la pena transcribir en su integridad tanto por su belleza literaria, como por la claridad con que su autor anuda la libertad de expresión con el sistema democrático. Las palabras del voto de Brandeis fueron las siguientes, en la parte que ahora interesa:

“Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La liber-

tad para ellos tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno norteamericano. Ellos reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento...

El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional...

Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón

aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución.”⁸

Como puede verse, Brandeis en realidad conjuga elementos de los tres distintos tipos de argumentaciones que se suelen esgrimir en defensa de la libertad de expresión: se refiere a la verdad, se refiere a la realización del destino individual y colectivo, y se refiere a la importancia de debatir pública y libremente sobre los asuntos de interés general para que un país sea democrático. Se trata de afirmaciones que, además de su hondura filosófica, son útiles para comprender la manera en que la libertad de expresión debe ser protegida por los textos constitucionales y por las personas encargadas de su aplicación.

Los anteriores apartados nos han permitido reflexionar someramente sobre los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión y sobre la forma en que se pueden proyectar al funcionamiento de los sistemas electorales. Hemos hablado de conceptos como los de “verdad”, “autorrealización” y “democracia”; hemos

⁸ Algunos autores se han preguntado por el origen de la inspiración de Brandeis; se han cuestionado de dónde extrajo estos conceptos, que se han convertido en una referencia clásica en el entendimiento contemporáneo de la libertad de expresión y de su importancia para el sistema democrático; algunos han encontrado sus raíces remotas en la Oración Fúnebre pronunciada por Pericles en Grecia, durante el siglo V a.C.; para una reflexión sobre este asunto ver Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Miami, SIP, 2000, p. 76.

destacado la importancia de aproximarse libremente a los temas que interesan a los ciudadanos, el valor de los procedimientos discursivos para asignar consecuencias jurídicas a nuestras conductas, la incidencia de los debates abiertos sobre las preferencias electorales, etcétera. De esta manera estamos listos para pasar a la siguiente cuestión, que es la referida al tipo de actos que protege la libertad de expresión y la manera en que podemos distinguirlo de otras manifestaciones de la conducta humana.

III. ¿QUÉ ACTOS ESTÁN PROTEGIDOS POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Hablamos o escribimos con frecuencia sobre la libertad de expresión, pero pocas veces nos detenemos a pensar en cómo se delimita el objeto mismo que protege esa libertad. Estamos de acuerdo en que la libertad de expresión y la libertad de prensa deben estar protegidas, puesto que son derechos fundamentales. Estamos igualmente de acuerdo en que tales libertades merecen una tutela judicial incluso obsequiosa, en vista de la “posición preferente” que tienen respecto a otros derechos fundamentales. Pero no tenemos la misma claridad cuando se trata de preguntarnos por el objeto mismo de esa deferencia: ¿qué es la expresión y cómo podemos diferenciarla de otras manifestaciones de la conducta humana?

Contestar a esa pregunta presupone la construcción de una teoría filosófica de la libertad de expresión; su simple exposición excede con creces el objeto del presente ensayo, por lo que nos limitaremos a apuntar algunas distinciones más o menos conocidas, las cuales vienen a servir de complemento de las ideas que, a modo de una suerte de fundamento, se expusieron en el apartado anterior. De las respuestas que seamos capaces de dar a las cuestiones planteadas dependerá en parte la construcción de una teoría de los límites a la libertad de expresión, puesto que un

primer elemento para tal construcción depende precisamente de la delimitación que podamos hacer del objeto jurídico tutelado, ya que cualquier conducta que se ubique fuera de ese perímetro estará sujeto a otro tipo de protección o quizá a ninguna.

El punto de partida para indagar sobre nuestro objeto de investigación es distinguir entre los actos de la conducta humana que son puramente expresivos y aquellos que se proyectan como “conductas materiales” exteriores y verificables. Es decir, por un lado tendríamos las expresiones del pensamiento, ya sean orales, en forma escrita o en cualquier mecanismo que recoja imágenes o expresiones (discos, disquetes, emisiones televisivas, etcétera), y por el otro aquellas conductas que realizamos cotidianamente y que comportan movimientos físicos que, de una u otra manera y con distinto alcance, cambian el mundo a nuestro alrededor.

En principio, las conductas puramente expresivas serían el objeto de tutela y protección de los derechos fundamentales de expresión e imprenta (recogidos, en la Constitución mexicana, en sus artículos 6 y 7). Esto quiere decir que, como regla general, las expresiones que emitamos estarían jurídicamente protegidas, cualquiera que sea su contenido y cualquiera que sea la forma de transmisión de las mismas.

Sin embargo, hay que considerar que a esta regla general se le oponen diversas restricciones y limitaciones, incluso desde un punto de vista teórico y no solamente normativo. Una primera consideración debe hacerse respecto de aquellas expresiones que, siendo tales, incitan a la realización de conductas. El ejemplo que se suele citar en este caso es el que puso, nuevamente, Oliver Wendell Holmes en su voto del caso *Schrenk*, cuando dijo que si alguien grita “¡Fuego!” en un teatro abarrotado no está ejerciendo su libertad de expresión solamente, sino que está poniendo en peligro la integridad física de quienes se encuentran en su interior, pues es probable que al escuchar dicha expresión la gente se levante y comience a correr hacia la salida.

Hay otros ejemplos de expresiones incitatorias que, siendo expresiones, tienen efectos conductuales más o menos directos y pueden dar lugar ya no a la protección de las mismas, sino a la determinación de responsabilidades jurídicas para quienes las emitan. Así por ejemplo, la libertad de expresión probablemente podría amparar que una persona emitiera su punto de vista en la calle acerca de la inferioridad de cierto grupo racial, pero si esa misma persona incita a sus oyentes a ir detrás de un miembro de esa raza supuestamente inferior y a pegarle, entonces no estará protegido por la libertad de expresión, sino que con mucha probabilidad será considerado responsable de una conducta sancionada penalmente.

Scalon nos ofrece otros ejemplos de conductas expresivas que, siendo tales, despliegan ciertos efectos dañinos hacia bienes jurídicamente protegidos y, en esa virtud, pueden ser sancionadas.⁹ Por ejemplo, nos dice este autor, no está amparada por la libertad de expresión la comunicación del ladrón del banco que le extiende un papel al cajero pidiéndole todo el dinero que tiene. Tampoco está amparada en la libertad de expresión la difusión de una sencilla fórmula por la cual, a partir de elementos simples como los que se encuentran en la mayoría de los hogares de México o de otros países, se pudiera fabricar una bomba; si alguien da con esa fórmula no podría subirla a internet, por ejemplo, y si lo hace incurriría en una conducta prohibida en ciertos países.

En materia electoral esta distinción es muy relevante, puesto que la mayor parte de países democráticos acepta que, en el marco de una contienda política, debe prevalecer un amplio marco de libertad de expresión, a fin de examinar todos los temas que sean de interés público para la comunidad de que se trate. Por eso es que, como lo ha reconocido la Sala Superior del TEPJF, la libertad de expresión —sobre todo en mate-

⁹ Scalon, Thomas, *Teoría de la libertad de expresión*, en Dworkin, Ronald (compilador), *La filosofía del derecho*, México, FCE, 1980, pp. 285 y ss.

ria política— tiene una “posición preferente” incluso sobre otros derechos fundamentales.¹⁰

Francisco J. Laporta define a la “posición preferente” del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad como “aquella tendencia jurisprudencial que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos. Esa posición es lo que explica que aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas *públicas* deban ceder ante el interés de la información”.¹¹ El Tribunal Constitucional español se ha referido a la posición preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales en los siguientes términos:¹²

Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor, aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. Sentencias 106/1986 y 159/1986.

Si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté

¹⁰ Así lo ha sostenido la Sala al menos en su sentencia JDC-393/2005.

¹¹ Laporta, Francisco J., “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de razón práctica*, número 72, Madrid, mayo de 1997, p. 16.

¹² Hay que destacar que en este punto el Tribunal mezcla reflexiones sobre la libertad de expresión con el derecho a la información. Conviene advertir la diferencia entre ambos derechos, al menos para no caer en el supuesto erróneo de que la libertad de expresión agota su ejercicio a través del derecho a la información.

referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. En este caso el contenido del derecho de libre información alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información. Sentencia 107/1988.

Ahora bien, dicha posición preferente no alcanza para que las expresiones puedan violar otros derechos fundamentales o al menos para que puedan prevalecer sobre ellos en todos los casos. La libertad de expresión y la libertad de imprenta pueden entrar en colisión con el derecho a la intimidad y con el derecho al honor, por ejemplo. No es extraño que en el marco de una campaña electoral un candidato ventile cuestiones privadas de sus rivales o que les haga imputaciones calumniosas o degradantes. ¿Deberían tales expresiones estar permitidas?, ¿forman parte del «mercado de las ideas» al que hacía referencia Holmes? La respuesta a primera vista tendría que ser negativa, sin embargo, un repaso del derecho comparado nos indica que tendríamos que ser muy cautelosos antes de sacar conclusiones generales. Las peculiaridades de cada caso, el contenido concreto de las imputaciones, su grado de veracidad, son elementos —entre otros— que deben ser sopesados antes de poder determinar si se está ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión o ante una conducta que cae fuera de su esfera de protección.

Como veremos enseguida, estas consideraciones son muy importantes en cualquier régimen democrático, pero lo son todavía más en el contexto de la reforma electoral a la Constitución mexicana del año 2007. El marco teórico general que hemos apenas esbozado, de forma muy superficial y breve, en las páginas anteriores, nos permite contar con una plataforma conceptual mínima para adentrarnos concretamente en los contenidos de dicha reforma, en la parte en que guardan relación con el derecho fundamental de libertad de expresión.

En las páginas que siguen haremos algunas reflexiones y centraremos nuestro análisis en los siguientes temas:

- a) El derecho de réplica;
- b) El acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación;
- c) La contratación de publicidad en materia político-electoral;
- d) Los límites a la libertad de expresión de partidos y candidatos;
- e) El régimen de sanciones previsto constitucionalmente;
- f) La prohibición de ciertas formas de publicidad gubernamental.

Consideramos importante que el análisis se centre en un plano puramente constitucional, sin descender a la regulación secundaria, en virtud de que —según han sostenido algunos analistas— la regulación legislativa podría tener incidencia en el ámbito de protección de ciertos derechos fundamentales, por lo que un análisis que se moviera en ambos planos (constitucional y legal) tendría que emitir un juicio sobre la constitucionalidad de las determinaciones legislativas, tema que —con lo interesante que es— no puede ser abordado en el presente ensayo. En esa virtud, nos limitaremos a los seis temas enunciados en el párrafo anterior, analizados exclusivamente desde un prisma constitucional.

Es importante advertir al lector que el objeto del presente ensayo, como se ha dicho, es analizar el derecho fundamental de libertad de expresión en la medida en que incida o guarde relación con el sistema electoral y/o el sistema de partidos políticos. No se trata, en consecuencia, de hacer un análisis general de la libertad de expresión, puesto que esa cuestión —del mayor interés— no podría ser abordada en toda su amplitud en el presente ensayo.¹³

¹³ Para un primer acercamiento al régimen general del derecho a la libertad de expresión en México puede verse Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2006, pp. 371-427. Para un análisis general puede verse el magnífico libro de Barendt, ya citado. También son muy relevantes las aportaciones que figuran en Vázquez Camacho, Santiago (compilador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007 (en particular, recomendando la lectura del ensayo de Javier Ortiz Flores, por su relación con la materia electoral).

IV. DERECHO DE RÉPLICA

La reforma constitucional en materia electoral del año 2007 adicionó una frase al párrafo primero del artículo 6º de la Carta Magna. La frase en cuestión señala lo siguiente: “El derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley”. Esta disposición, pese a su brevedad, encierra una gran riqueza y supone un avance importante para el régimen constitucional de los derechos fundamentales; de hecho, la incorporación del derecho de réplica o respuesta en la Constitución había sido sugerida y solicitada en repetidas ocasiones desde el ámbito académico.¹⁴

Para comprender cabalmente el significado de la nueva disposición constitucional del artículo 6º es necesario, en primer lugar, exponer aunque sea de forma sumaria, qué significado tiene el derecho de réplica. Antes de entrar a ese tema, sin embargo, conviene reparar en la forma en que queda consagrado el derecho en el artículo 6º. Si bien el texto constitucional es claro en señalar la existencia del “derecho de réplica”, remite a lo que disponga la ley para efectos de su ejercicio. Esto significa que el legislador tiene la obligación de emitir una regulación normativa que haga eficaz tal derecho, pero sin desvirtuarlo o restringirlo de forma desproporcionada. La regulación legislativa puede incidir en las condiciones necesarias para ejercer el derecho de réplica, pero no en su contenido esencial, que debe ser siempre preservado.

También es importante señalar, antes de pasar al análisis de su contenido concreto, que el artículo 6º no se refiere únicamen-

¹⁴ Ver, entre otras, las consideraciones que a favor de la inclusión del derecho de réplica, rectificación o respuesta figuran en Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, 2004, p. 60 y Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IJ-UNAM, CNDH, 2007, pp. 187-189.

te al derecho de réplica en materia política, ni limita su titularidad a los partidos y a los candidatos a un puesto de representación popular. Debe quedar claro que la regulación del artículo 6 es general, y por tanto abarca a todas las personas (tiene un carácter universal por lo que respecta a sus titulares, como corresponde a los derechos fundamentales), sean o no candidatos y participen o no en una campaña política.

Obviamente, para efecto de nuestro análisis, no se puede dejar de lado la enorme importancia que este derecho tiene en el marco de una competencia electoral. En particular, el derecho de réplica es un instrumento más —no el único, desde luego— para hacer realidad el principio de equidad en las campañas, que está constitucionalmente reconocido en diversas partes del artículo 41.

Es momento de pasar, luego de estas consideraciones generales, al estudio del contenido del derecho de réplica.

El derecho de réplica puede definirse como el derecho que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que sea difundida gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.¹⁵ Badeni entiende el derecho de réplica como

...la facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplica o respuestas que estime satisfactorias, para precisar

¹⁵ Otro concepto puede verse en Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2001, p. 162. En general sobre el tema, Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002, pp. 291 y ss.

las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión, de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió.¹⁶

El origen del derecho de réplica, según Gregorio Badeni, no fue muy democrático, pues lo que se buscaba era controlar a la prensa y evitar las críticas contra los gobernantes al obligar a los periódicos a publicar las réplicas de los afectados; según el autor mencionado, el reconocimiento legislativo del derecho en cuestión “no respondió al propósito de proteger el buen nombre y honor de las personas sino, en realidad, de ofrecer a las figuras públicas un medio para contrarrestar las críticas periodísticas o los efectos de la publicidad de informaciones desfavorables para su imagen popular”.¹⁷

Los objetivos del derecho de réplica son:¹⁸

- a) Otorgar a la persona afectada por una información inexacta o agravante un remedio adicional y ágil para asumir la defensa de sus derechos;
- b) Permitir el acceso a los medios de comunicación a personas que quieren publicar sus ideas sin censura previa;
- c) Resaltar la función social de los medios como instrumentos de transmisión de informaciones veraces, y
- d) Ofrecer a la opinión pública las diversas interpretaciones que se pueden extraer de un hecho público, por medio de la participación directa de sus protagonistas.

¹⁶ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 298.

¹⁷ *Ibidem*, cit., p. 291.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 298-299.

Es importante señalar que el derecho de réplica no es un instrumento para propiciar un debate entre personas o para ilustrar las diferencias de criterio entre ellas. Cuando lo que se expresa son opiniones y no noticias, las responsabilidades por las mismas deben procesarse por las vías legales establecidas (responsabilidades penales o civiles, en el caso de particulares, y además responsabilidades administrativas, si se trata de un funcionario público). Como lo expone Humberto Nogueira,¹⁹

...el derecho de declaración o rectificación no se ejerce respecto de opiniones, las cuales constituyen la exteriorización del pensamiento que se expresa a través de juicios de valor o ideas, las cuales no son susceptibles de probarse científicamente. Respecto de ellos no puede exigirse imparcialidad o veracidad ya que por su naturaleza son de carácter subjetivo, respondiendo al enfoque o perspectiva de la persona con todas sus vivencias y condicionamientos sociales y culturales, ya que de lo contrario, actuaría como un mecanismo perverso que inhibiría el debate de ideas, haciendo a los medios muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden para evitar el costo económico y político de tener que publicar la respuesta o aclaración de quienes se consideran controvertidos en sus convicciones por dichas opiniones...

En todo caso, las informaciones susceptibles de respuesta deben ser datos o afirmaciones que pueden ser examinados en cuanto a su corrección, exactitud o integridad y cuya declaración sustancial no es la mera manifestación de una opinión personal.

¹⁹ Nogueira Alcalá, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, cit., pp. 174-175.

La rectificación o réplica debe circunscribirse a la información que la motiva, debiendo por tanto ser proporcional a ella en cuanto a su extensión y características; esto requiere que se haga en la misma página en donde apareció la información que se rectifica (en el caso de medios impresos) o dentro de la misma franja horaria y con características similares a las de la transmisión original (si se trata de medios electrónicos).

La transmisión de informaciones oficiales como lo pueden ser sentencias judiciales, informes de gobierno, auditorías de gasto público, etcétera, no pueden dar lugar, como regla general, a rectificaciones o réplicas, a menos que dicha transmisión no haya sido fiel respecto al contenido de la información o se haya desnaturalizado su sentido.

Para sintetizar, podríamos caracterizar el derecho de réplica en los siguientes términos:²⁰

- a) El titular del derecho es toda persona directamente afectada por informaciones inexactas o agraviantes que le perjudiquen;
- b) La expresión de las informaciones debe ocasionar un perjuicio al titular del derecho, ya sea de índole material o moral, que tenga la importancia suficiente y que pueda percibirse objetivamente;
- c) Las expresiones inexactas o agraviantes deben configurar, esencialmente, una información y no una opinión, ya que las opiniones dan lugar a responsabilidades ulteriores (de carácter civil o penal, según sea el caso), pero no al derecho de réplica;
- d) La información debe ser inexacta o, de ser cierta, agravante para el titular del derecho; si la información es falsa no hace falta que sea agravante, pero si es cierta sí que debe serlo para poder dar lugar a la réplica;

²⁰ Sigo en parte la exposición de Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., pp. 299-301.

- e) La información debe ser emitida a través de un medio de comunicación y dirigida al público en general; si se emite de forma reservada o en forma pública pero no a través de un medio de comunicación no se puede configurar el derecho de réplica, que sí existirá, sin embargo, si la información es retomada con posterioridad por algún medio de comunicación;
- f) El objeto del derecho es materializar, de forma lo más inmediata posible, la difusión de la réplica o rectificación por el mismo medio de comunicación que emitió la información; se tratará de una réplica si la información es cierta pero agravante y de una rectificación si la información es inexacta;
- g) El derecho debe ejercerse a través del mismo medio de comunicación que difundió la información;
- h) La difusión de la réplica o rectificación se debe realizar de manera gratuita.²¹

Pasemos ahora al tema del acceso a los medios de comunicación por parte de los partidos políticos y de los candidatos a cargos de elección popular.

V. ACCESO DE PARTIDOS Y CANDIDATOS A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La relación entre medios de comunicación y partidos políticos es especialmente importante en las democracias contempo-

²¹ En sentido contrario, Badeni (*Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 301) considera que no puede exigirse al medio de comunicación la transmisión gratuita, ya que no está contemplado en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ni tampoco, dicho sea de paso, en el artículo 6 de la Constitución mexicana); me parece que este criterio es totalmente equivocado, porque si lo aceptamos el derecho de réplica dejaría de ser de todas las personas para ser un derecho de quien pueda pagarlo, por una parte; por otro lado, bastaría con que el medio de comunicación pusiera una cuota exorbitante para la transmisión de la réplica para que el ejercicio del derecho fuera imposible.

ráneas. Nos guste o no, los medios se han convertido en actores políticos de gran relevancia, debido sobre todo a que nuestra comprensión de los asuntos públicos depende en alguna medida de la información que nos proporcionan. Es lógico, en este contexto, que los candidatos a puestos de representación popular y los partidos políticos intenten tener una relación privilegiada con los medios de comunicación y, sobre todo, con los medios electrónicos (radio y televisión).

Es igualmente lógico y comprensible que las normas jurídicas que rigen el desarrollo de las campañas intenten regular dicha relación, a fin de garantizar una competencia equitativa entre los contendientes que haga posible, entre otras cuestiones, un cabal ejercicio del derecho de sufragio, alimentado por un debate público que sirva para ventilar las propuestas de los candidatos y los temas que interesan en general a los ciudadanos.

En México lo anterior cobra un significado especial, debido al uso que se hizo durante el régimen autoritario de los medios de comunicación, que durante décadas no reflejaron el pluralismo político del país, sino que se inclinaron descaradamente en hacer propaganda al partido entonces hegemónico.²² Las sucesivas reformas electorales, pero sobre todo la de 1996, fueron delineando un marco jurídico adecuado para mejorar las condiciones en el acceso a los medios de comunicación por parte de los partidos políticos.²³

La reforma electoral de 2007 no fue la excepción, ya que dedica uno de sus aspectos más innovadores precisamente al tema de la relación entre medios de comunicación y partidos políticos.

²² Ver las observaciones de Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta/Joaquín Mortiz, 1999, p. 18.

²³ Ver el análisis que sobre el proceso evolutivo de las reformas electorales y su impacto en la transición democrática realizan Becerra, Ricardo, Salazar, Pedro y Woldenberg, José, *La mecánica del cambio político*, 3ª edición, México, Cal y Arena, 2005.

En el presente apartado nos referiremos solamente al acceso de los partidos a los medios de comunicación, mientras que en el siguiente analizaremos las prohibiciones de compra de publicidad, tanto por parte de los propios partidos, como por parte de los particulares.

Antes de entrar al estudio de las disposiciones contenidas en el artículo 41 constitucional conviene destacar la enorme importancia no solamente social, sino también política, que tienen los medios de comunicación para el ejercicio de la libertad de expresión. Si en general podemos afirmar que el propósito de toda persona que expresa una opinión o que transmite una información es llegar al número de receptores más amplio que sea posible, este fenómeno se multiplica hasta el infinito tratándose de candidatos a puestos de elección popular.

Las personas que se expresan públicamente, por la vía que sea, de manera oral o escrita, aspiran a que su mensaje no caiga en el vacío, sino que llegue a los demás para que sea tomado en cuenta, refutado, aceptado, discutido, analizado, etcétera. Un candidato o un partido político no tiene solamente un interés general en que sus mensajes y su ideología se conozcan, sino que dependen de ello para tener éxito electoral. La conquista del voto depende, en primer lugar, de que el ciudadano sepa que un partido político existe, y luego de que conozca sus planes o propuestas. Sin visibilidad en el espacio público un partido político está condenado al ostracismo y, en definitiva, al fracaso electoral. Esto es lo que justifica que la Constitución prevea una serie de dispositivos que pongan reglas claras en la relación entre medios y partidos políticos.

En lo que ahora interesa dicha relación aparece —regula diversos aspectos del tema— en la fracción III del artículo 41 de la Constitución, tal como quedó redactado luego de la reforma de 2007. Su encabezado es claro y contundente: “Los partidos políticos nacionales tendrán derecho al uso de manera permanente

de los medios de comunicación social”. Para hacer realidad el ejercicio de este derecho, la fracción III se despliega en cuatro apartados identificados por letras (de la A a la D). Corresponde analizar en este momento el apartado A, ya que los demás serán objeto de un análisis por separado.

Dicho apartado comienza señalando que el Instituto Federal Electoral será autoridad única en lo que se refiere a la administración de tiempos del Estado para sus propios fines y por lo que hace al mismo tiempo que esté destinado a los partidos políticos. Es decir, lo que hace la Constitución es desplazar o mejor dicho derogar cualquier otra competencia que, hasta antes de la reforma, pudiera tener cualquier órgano del Estado (por ejemplo, significativamente, la Secretaría de Gobernación). Cuando la Constitución señala que el IFE será autoridad “única” establece dos cuestiones que debemos tener presentes:

- a) Por un lado, la competencia en la materia no podrá ser compartida con ninguna otra autoridad; tiene carácter exclusivo y a la vez excluyente, y
- b) Esto no implica que las determinaciones tomadas por el IFE sean inimpugnables; desde luego, la competencia “única” deberá ejercerse dentro del marco de lo que dispone la propia Constitución y de lo que señalen las leyes; en este contexto, las resoluciones del Instituto podrán ser impugnadas por los interesados o afectados ante la jurisdicción electoral (por ejemplo, si el Instituto determina un reparto de tiempo entre los partidos que no sea conforme a la Constitución y las leyes, o si no toma en cuenta a algún partido, etcétera).

Una competencia exclusiva no implica que no se pueda impugnar, puesto que de ser así se vulneraría la lógica del Estado constitucional de derecho, que no permite que existan “inmuniades del poder”, según la acertada fórmula acuñada por Eduardo García de Enterría en varios de sus trabajos. En el Estado constitucional todos los actos del poder deben tener una vía de

impugnación que permita que sean revisados por las instancias límite del poder judicial.

Luego de la precisión competencial comentada, el apartado A de la fracción III del artículo 41 constitucional se refiere, con un grado de detalle inusitado y quizá hasta inapropiado, a la manera en que deberá repartirse el tiempo del Estado entre los partidos políticos. Para tal efecto el apartado en cuestión se divide en siete diferentes incisos, en los que incluso se llega a precisar el número de minutos que durante las precampañas y las campañas tendrán a su disposición los partidos políticos, así como la forma de repartirlo entre todos los partidos que cuenten con registro. No creo que sea necesario estudiar y analizar cada uno de esos incisos, que en realidad ni siquiera deberían figurar en el texto constitucional. Bastaría que hubieran sido incorporados en la legislación electoral ordinaria.

En cualquier caso, quizá valga la pena señalar que el inciso g) señala que estará a disposición del IFE el 12% del total del tiempo que le corresponde al Estado mexicano en los medios de comunicación, durante los periodos en los que no haya precampañas o campañas electorales. De esta manera se permite que el Instituto cuente con un elemento de difusión permanente de sus campañas institucionales, como la de promoción de la cultura cívica y política, o la de actualización del padrón electoral.

También es importante tomar en cuenta que el tiempo del Estado disponible tanto para el IFE como para los partidos políticos se aplica a todos los canales de televisión y a todas las estaciones de radio. Esto significa que también debe estar disponible un espacio en los medios electrónicos de comunicación que son institucionales, como por ejemplo el Canal del Congreso o el Canal Judicial.

La forma de repartir este tiempo entre los partidos, como se apuntaba, también figura en el texto constitucional (incisos e y f del apartado A). La fórmula comporta una distribución a través de dos parámetros: uno igualitario para todos los parti-

dos políticos, que representa el 30% del total de tiempo disponible; otro proporcional, determinado por los resultados obtenidos por los partidos políticos en la última elección de diputados federales; mediante esta fórmula se reparte el restante 70% del tiempo disponible. Los partidos que obtengan el registro pero no hayan concurrido a la última elección de diputados federales tendrán derecho solamente al reparto igualitario del 30% del tiempo.

VI. CONTRATACIÓN DE PUBLICIDAD

Una de las cuestiones más importantes para el buen funcionamiento práctico de cualquier sistema democrático tiene que ver con la relación entre el dinero, los partidos políticos y los medios de comunicación. Ya en el apartado anterior se hicieron algunas consideraciones someras sobre la relación entre partidos y medios. En este debemos comenzar por añadir un tercer elemento a esa relación: el dinero.

Los medios de comunicación son empresas; si bien su objeto social es un tanto peculiar, al menos en virtud de que en México los medios electrónicos operan utilizando el espacio radioeléctrico que la Constitución dice que es propiedad del Estado mexicano,²⁴ lo cierto es que no cabe desconocer su naturaleza mercantil. Como empresas que son, los medios se rigen también por la lógica del beneficio: uno de sus objetivos es ganar dinero. Cuando ese objetivo se despliega también en el ámbito político-partidista puede generar ciertos efectos perversos. Uno de ellos es

²⁴ Las consecuencias de este régimen constitucional han sido analizadas en Carbonell, Miguel, "Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, México, mayo-agosto de 2002, pp. 341-374.

bien conocido en México: los partidos gastan (gastaban) gran parte de sus recursos en comprar espacio en los medios de comunicación, sobre todo en los electrónicos y, dentro de ellos, sobre todo en la televisión.²⁵

Las preferencias electorales se intentan alcanzar con dinero, más que con propuestas sustantivas, con la cercanía a los ciudadanos, con buenos programas y buenos candidatos. A veces ocurre que gana una elección el candidato que es capaz de comprar más espacio en los medios de comunicación, el que sale más en la televisión. La publicidad sustituye a las ideas, la propaganda toma el lugar del debate.

Para evitar esto, que en México ha tenido consecuencias muy negativas, la reforma electoral del 2007 introdujo en el texto constitucional una doble prohibición que tiene, en buena medida, un significado ejemplar y edificante:

- a) Por un lado, el apartado A de la fracción III del artículo 41 prohíbe a los partidos políticos adquirir, por sí mismos o a través de terceros, tiempos en cualquier modalidad en radio y televisión;
- b) Por otra parte, prohíbe a los particulares contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de partidos políticos o candidatos. Tampoco se pueden transmitir en el territorio nacional este tipo de anuncios si son contratados en el extranjero.

Se trata, como puede ver el lector, de un sistema de prohibiciones que tiene cierta complejidad y que, en esa virtud, conviene analizar en cada una de sus tres partes principales.

²⁵ Sobre la relación entre gasto electoral y medios de comunicación es interesante la reflexión y las propuestas contenidas en Ackerman, Bruce y Ayres, Ian, *Voting with dollars. A new paradigm for campaign finance*, Yale University Press, New Haven y Londres, 2002.

Por lo que respecta a la prohibición dirigida a los partidos políticos, la nueva norma constitucional no solamente está plenamente justificada, sino que puede convertirse en la palanca para cambiar de forma importante la forma de hacer campañas en México. Pone un dique al gasto de los partidos en los medios de comunicación y contribuye de alguna manera a «purificar» el ambiente electoral. No se trata de una norma que no exista en otros países. Por el contrario, en muchos sistemas democráticos no se permite la absurda sangría de recursos públicos que durante muchos años ha caracterizado en México a la relación entre partidos y medios electrónicos de comunicación.

Debe señalarse con contundencia que esta prohibición no es en modo alguno contraria a la libertad de expresión de candidatos y partidos. La libertad de expresión no debe confundirse con la “libertad de propaganda”.²⁶ En muchos países democráticos del mundo se acepta que no todos los productos comerciales se puedan anunciar. No todas las ideas pueden tener la posibilidad de anunciarse en los medios electrónicos de comunicación. Hay restricciones en materia de publicidad relacionada con actividades sexuales, con publicidad de productos que afectan a la salud, con publicidad de medicinas que requieren de recetas médicas para poder ser adquiridas, etcétera. Dichas prohibiciones existen incluso en México y no se suele cuestionar su pertinencia o idoneidad.²⁷ No quiero decir con esto que la expresión comercial (lo que en Estados Unidos se llama “commercial speech”) carezca de protección constitucional, lo que señalo es que el interés comercial de anunciarse puede ser matizado o reducido en virtud de la

²⁶ Barent, *Freedom of speech*, cit., pp. 392-416.

²⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el ámbito de protección que merece la publicidad comercial en el marco de las libertades de expresión e imprenta; ver al respecto la tesis contenida en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXI, enero de 2005, p. 421.

necesidad de proteger ciertos derechos, valores o bienes de relevancia constitucional.

¿Qué es lo que se justifica que no se anuncien películas pornográficas en televisión abierta a las tres de la tarde? La protección de la infancia ordenada por el artículo 4 constitucional y por la Convención de los Derechos del Niño de la ONU. ¿Qué es lo que permite evitar la difusión de publicidad de cigarrillos o de bebidas alcohólicas en la televisión o en la radio? La protección de la salud, ordenada por el mismo artículo 4 de la Constitución mexicana y por diversos tratados internacionales de derechos humanos.

¿Qué es lo que justifica, para dirigir nuestra atención al tema del presente ensayo, la prohibición de que los partidos compren espacios en los medios electrónicos? Creo que las razones son varias; algunas están relacionadas directamente con derechos, bienes y valores de rango constitucional; otras son meramente instrumentales respecto de tales derechos, bienes y valores.

En primer lugar se debe tomar en cuenta que la Constitución, en la fracción I de su artículo 41, califica a los partidos políticos como “entidades de interés público”. Dicho interés justificaría por sí mismo que se limitase la compra de espacios de publicidad por parte de los partidos. Sobre todo si se pudiera acreditar, como efectivamente se ha hecho, que dicha compra sirve para beneficiar a intereses privados (no por ello menos legítimos, dicho sea de paso) y no añade ninguna cualidad al debate público que debe generarse en virtud de la posición institucional que tienen los partidos.

Por otra parte, la prohibición que estamos comentando se sustenta en el significado que debe tener, en una democracia, el derecho de sufragio, tanto en su modalidad activa como pasiva. Es decir, los candidatos a puestos de elección popular no pueden ni deben ejercer su derecho a dirigirse a los ciudadanos solamente mediante anuncios. No se trata de que intenten venderse como si fueran un producto comercial de cualquier especie. Por el contrario, su papel en la construcción democrática y en la participación política de los

ciudadanos es tan importante que se justifica una cierta reglamentación de la forma en la que transmiten sus mensajes.

En ese sentido, puede argumentarse que se cumple mejor con el papel de transmisores de ideas y propuestas de los candidatos a través de formas de comunicación no comerciales, las cuales además tienen la virtud de desligar a los candidatos de los intereses económicos de los medios, de manera que los propios medios no puedan premiarlos o castigarlos por haber gastado más o menos dinero en la compra de espacios publicitarios. Dicho con otras palabras: la prohibición que estamos analizando es también una manera de inmunizar la probable capacidad de chantaje de los medios hacia los candidatos (sin que por ello tal posibilidad haya sido erradicada del todo, como es obvio).

Respecto del ejercicio del derecho de sufragio pasivo puede decirse que el elector tiene derecho a recibir mensajes, ideas y propuestas de los candidatos que tengan ciertas cualidades que, a su vez, le permitan tomar la mejor decisión cuando esté frente a la boleta electoral. Es decir, hay un interés del ciudadano en escuchar ideas, debates y propuestas, en vez de estar simplemente expuesto a la lógica de la mercadotecnia que en lugar de ideas ofrece *slogans*, que en vez de propuestas ofrece *jingles* de canciones con buenas rimas, que en vez de debates ofrece solamente sonrisas y poses fingidas de los candidatos y, a veces, hasta de sus familias.

Es importante reparar en el hecho de que la Constitución prohíbe a los partidos políticos, por sí mismos o a través de terceros, adquirir o contratar tiempos en radio y televisión bajo cualquier modalidad. Esto implica también una serie compleja de cuestiones. Una primera que debe quedar clara: la prohibición se refiere a los partidos y también a los candidatos. Sería absurdo que el partido como institución de interés público y como persona jurídico-colectiva no pudiera hacer esa contratación y sí lo

podiera hacer el candidato en lo individual, como persona física. La prohibición, correctamente entendida, debe abarcar tanto a partidos como a candidatos.

La distinción que hace el texto constitucional entre “contratar” y “adquirir” es interesante más por el mensaje que envía que por su pulcritud jurídica (puesto que toda adquisición supone finalmente una forma de contratación); creo que es interesante porque nos permite advertir sin género alguno de duda que la prohibición abarca no solamente las formas de contratación que implican un gasto (la compraventa, por ejemplo), sino cualquier otra; es decir, ni siquiera si el medio de comunicación decide “donar” su espacio a un partido este podría tomarlo (en rigor, también la donación es una forma convencional o contractual de creación de derechos y obligaciones).

La prohibición de que sean terceros los que contraten o adquieran publicidad es también de la mayor relevancia, pero para efectos de un análisis más sistemático, creo que debe estudiarse junto con el siguiente párrafo del inciso A de la fracción III, referido a las prohibiciones de contratar publicidad dirigidas a los particulares.

El penúltimo párrafo del apartado A establece literalmente lo siguiente:

“Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.”

Hay que decir, nuevamente, que este párrafo, a pesar de su brevedad, encierra una complejidad no menor y suscita un buen número de cuestiones e incluso de dudas.

Para empezar debemos subrayar que el sujeto al que se dirige la prohibición del párrafo recién transcrito es de alguna manera universal, pues abarca todo tipo de personas (físicas o jurídicas, que la reforma llama equívocamente morales, que utiliza una terminología un poco anticuada), ya sea personas de derecho privado o de derecho público. La prohibición abarca tanto a la contratación directa (cuando la persona en cuestión lo haga por sí misma), como indirecta (cuando haga la contratación en nombre de un tercero). Los medios de comunicación que abarca la prohibición son solamente la radio y la televisión; esto puede dar lugar a algún equívoco, pues el intérprete de la norma se podría preguntar si el legislador ordinario tendría facultades para extender dicha prohibición a otros medios de comunicación. Es decir, ¿sería válido o no que cualquier persona contratara espacio en un periódico a favor o en contra de un partido o de un candidato? Es obvio que la televisión y el radio son los dos medios más influyentes en las percepciones de los ciudadanos, pero no son los únicos que cuentan. En fin, vale la pena apuntar la cuestión, aun sin dejarla zanjada del todo.

La parte más problemática del párrafo que estamos comentando es la que se refiere al objeto mismo de la prohibición: se prohíbe difundir propaganda “dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos”, o “a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular”. Lo primero que cabe preguntarse es: ¿cuándo un mensaje propagandístico influye en las preferencias electorales de los ciudadanos? Para que esta norma constitucional no colisione con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión es necesario que sus desarrollos legislativo y jurisprudencial sean muy rigurosos, de manera tal que no extiendan el supuesto normativo más allá de los límites razonables.

Un límite razonable sería que dicha propaganda, para caer en el supuesto normativo de la prohibición señalada, debería men-

cionar por nombre a un partido político o a un candidato, o bien debería contener su logotipo. No sería razonable interpretar que dentro de la prohibición se incluyen todo tipo de mensajes que quizá en efecto pueden influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, pero de forma indirecta.

Por ejemplo, si un grupo de intelectuales da a conocer un mensaje de radio en el que expresa su oposición a los partidos políticos (en general, no a uno en lo particular) que, estando en el gobierno, toleran a los vendedores ambulantes o a los taxis piratas, creo que no deberíamos considerar a dicho mensaje como prohibido. Lo mismo si el mensaje critica a los gobiernos conservadores que mutilan los derechos sexuales de las mujeres, que impiden las políticas públicas de control de natalidad o que alienan una política económica populista.

El debate democrático vive de ese tipo de tomas de postura y el criterio de un ciudadano se debe alimentar por la presencia, en el espacio público, de ese tipo de mensajes. Podemos emitir juicios estéticos o incluso de oportunidad o corrección políticas respecto de su contenido, pero me parece que prohibirlos sería ir más allá de lo que un Estado constitucional puede tolerar para seguir siendo tal.

Porque además hay que considerar que dicha prohibición, aun a pesar de que tiene reconocimiento en una norma de rango constitucional, puede potencialmente colisionar con otras normas constitucionales (libertad de expresión y libertad de imprenta entendida en sentido amplio, en referencia a todo tipo de medio de comunicación). En ese sentido, la interpretación que se haga en sede legislativa y/o jurisprudencial debe ser restrictiva, privilegiando siempre el alcance y efecto normativo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el criterio que se ha sugerido (que la prohibición tenga lugar cuando en la propaganda aparezca el logotipo de un partido y/o el nombre de un candidato), tiene la doble ventaja de: a) ser un criterio objetivo, que minimiza el ámbito de actuación

discrecional o arbitraria del intérprete, y b) evitar que la norma constitucional, al ser aplicada, resulte una puerta abierta a ejercicios potencialmente restrictivos de la libertad de expresión.

VII. CAMPAÑAS NEGATIVAS

El debate político en la mayor parte de los sistemas democráticos suele ser muy ríspido. En la medida en que la competencia es real y no meramente ornamental, los contendientes apelan a todo tipo de emociones de los posibles votantes. No es extraño ver ejercicios propagandísticos que privilegian las propuestas y los programas, junto a otros que se cimentan en destacar frente a los ciudadanos las debilidades del oponente. Las actitudes positivas y las negativas concurren muchas veces en una misma campaña electoral.

Desde luego, resulta alentador que la legislación intente limitar el uso de propaganda negativa. La propaganda negativa no permite advertir las propuestas de quien la emite, pues se centra más bien en los defectos del contrario. De esa forma no se cumple con la misión de las campañas, que deben tener un carácter propositivo, a fin de que el ciudadano pueda formarse un criterio propio para emitir adecuadamente su voto.

Ahora bien, una cierta dosis de mensajes negativos es inevitable en todo sistema democrático, y puede ser benéfica en la medida en que sirva para allegar a los votantes un cuadro lo más completo posible de las opciones políticas que compiten por su voto. Es obvio que los partidos y los candidatos, como sucede con el resto de personas, tienen virtudes y defectos, tienen zonas opacas y aciertos evidentes. La pregunta es de qué manera el ciudadano se puede o se debe enterar de las cuestiones positivas y de las negativas.

Desde luego, un papel fundamental lo juegan los medios de comunicación, que deben investigar la trayectoria de los

candidatos, el grado de efectividad o éxito que han tenido a lo largo de su carrera profesional, el perfil que han desarrollado en su vida pública y las alianzas en las que han basado su carrera política. Ese ejercicio inevitablemente arrojará un cuadro de luces y sombras, de aciertos y errores, de sumas y restas. Pasa con los políticos y pasaría igualmente con cualquier otra persona que esté expuesta al escrutinio público. Creo que, considerando las circunstancias, el hecho de que el ciudadano conozca lo positivo y lo negativo de sus posibles representantes es algo que ayuda a nutrir su criterio y le sirve de guía para emitir el voto.

Por eso es que el apartado C de la fracción III del artículo 41 constitucional también debe ser interpretado con mucha cautela. El texto de dicho apartado señala, a la letra, lo siguiente: “En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”.

El intérprete de inmediato se formula algunas preguntas, cuando ha leído esa disposición constitucional. Por ejemplo, ¿de qué manera se puede “denigrar” a las instituciones o a un partido político?, ¿cuál es el ámbito materialmente regulado por dicha norma?, ¿qué alcance tiene?, ¿cómo debemos entender la prohibición de calumniar?, ¿se puede hacer una lectura de esa parte de la Constitución a partir de lo que dispongan las legislaciones respectivas en materia penal y/o civil, según sea el caso?, ¿será el legislador penal y/o civil el que nos indique el alcance y significado de lo que establece la Constitución?

Todo parece indicar que la inclusión de esta norma en el texto constitucional estuvo determinada por la experiencia de las campañas electorales del año 2006. En esa campaña asistimos a un debate muy álgido entre algunos partidos políticos, al grado que algunas expresiones de propaganda partidista fueron objeto de impugnaciones jurídicas ante las autoridades administrativas

y jurisdiccionales federales en materia electoral.²⁸ El tono de algunos anuncios causó sorpresa y zozobra entre algunos ciudadanos, y desde luego disgustó a los candidatos y partidos afectados. Era esperable que el legislador se hiciera cargo de dicha desazón y pusiera límites a los mensajes negativos. Es obvio que la libertad de expresión no protege algo así como un «derecho al insulto», pero debemos preguntarnos si la fórmula constitucional es la más adecuada. Incluso antes que eso, deberíamos ser capaces de contestar una pregunta previa: ¿debe la Constitución tocar este tipo de asuntos? La pregunta vale en la medida en que esos temas parecen un tanto de detalle, importantes al fin y al cabo en el marco de una contienda electoral, pero no definitorios de la vida pública del Estado mexicano. ¿No deberían ese tipo de disposiciones figurar en la legislación electoral secundaria?

En todo caso la norma existe, está vigente y tendrá que ser aplicada por los órganos competentes. En este contexto, la aplicación deberá ser restrictiva y muy cuidadosa. No debe hacerse una lectura de la Constitución a partir de lo que dispongan las leyes penales y/o civiles, ni los respectivos criterios jurisprudenciales que las hayan interpretado. Las normas constitucionales (todas ellas) requieren de una hermenéutica propia, distinta de aquella que tiene por objeto la aplicación de normas de rango legal.

Para decirlo brevemente: la Constitución no se puede interpretar de la misma manera en que se interpretan las leyes. Lo que signifique la calumnia en un proceso civil no tiene que determinar necesariamente los ejercicios interpretativos que hagan, por ejemplo, los jueces electorales.

Esto es en alguna medida de sentido común, pero debe reforzarse tomando en cuenta que la disposición constitucional

²⁸ Ver, sobre este punto, las muy importantes sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación SUP-RAP-31/2006 y SUP-RAP-34/2006.

puede colisionar, nuevamente, con otras normas constitucionales que contienen derechos fundamentales o que preservan valores o bienes democráticos de la mayor relevancia (la libertad de los partidos de hacer campañas y transmitir sus ideas al ciudadano, el derecho del propio ciudadano de allegarse toda la información relevante para determinar su voto, la necesidad de que el debate público sea vibrante, agudo, profundo, etcétera).

Para evitar que dicha colisión tenga lugar, el intérprete deberá proceder con el máximo rigor, y tener en cuenta no solamente el marco constitucional en su conjunto, sino también las disposiciones que resulten aplicables del derecho internacional de los derechos humanos.

Por ejemplo, el intérprete puede tomar en cuenta el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos,²⁹ así como las interpretaciones que —por vía consultiva y contenciosa— ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales tienen gran importancia no solamente en la medida en que resultan jurídicamente aplicables, sino sobre todo por su gran rigor y por su sentido garantista de los derechos fundamentales de libertad de expresión e imprenta.³⁰ Así, por ejemplo, debe considerarse la famosa sentencia de la Corte Interamericana emitida en el caso conocido como “La Última Tentación de Cristo”.³¹ En ese caso la Corte afirmó que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social o colectiva; recordando su pro-

²⁹ En la parte que ahora interesa dicho artículo 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”.

³⁰ Algunos de los documentos más relevantes del sistema interamericano pueden encontrarse en Carbonell, Miguel (compilador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH, Porrúa, 2004.

³¹ Consultable en García Ramírez, Sergio (coordinador), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IIJ-UNAM, 2001, pp. 753 y ss.

pia Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, estima que la primera de tales dimensiones, “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” (párrafo 64). Al profundizar en el sentido y alcances de las dos dimensiones de la libertad de expresión, la Corte afirma que

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, **la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles**, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a

Sobre la libertad de expresión hay pasajes interesantes también en las sentencias de la Corte Interamericana del caso Ricardo Canese vs. Paraguay de agosto de 2004, Herrera Ulloa de julio del mismo año e Ivcher Bronstein de febrero de 2001 (en referencia los dos últimos sobre todo a medios de comunicación y libertad de expresión).

conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13º de la Convención.

Antes de terminar este apartado debe subrayarse algo obvio a partir de la lectura de la norma constitucional aplicable: la prohibición de las campañas negativas solamente es aplicable a partidos y candidatos. No por tanto a ciudadanos y organizaciones no gubernamentales, a los que se les puede aplicar otro tipo de normas.

VIII. SANCIONES

El apartado D de la fracción III del artículo 41 constitucional es el más breve de todos los que integran dicha fracción (es también el último, dicho sea de paso). Su texto es el siguiente: “Las infracciones a lo dispuesto en esta Base (se refiere a la fracción III del artículo 41 constitucional) serán sancionadas por el Instituto Federal Electoral mediante procedimientos expeditos, que podrán incluir la orden de cancelación inmediata de las transmisiones en radio y televisión, de concesionarios y permisionarios, que resulten violatorias de la ley”. Vamos a examinar las principales cuestiones que suscita este apartado D.

En primer lugar dicho apartado supone una obligación del legislador para prever un régimen sancionador para las conductas que vulneren o dejen de respetar las normas contenidas en la fracción III del artículo 41 constitucional. Cabe recordar que el

derecho administrativo sancionador está sujeto a reserva de ley, por lo que tendrá que ser el legislador el que prevea los supuestos típicos que dan lugar a la conducta y las sanciones que les resultan aplicables.³² Así lo ha entendido, de forma muy correcta, la Sala Superior del TEPJF en la siguiente tesis:

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL. Los principios contenidos y desarrollados por el derecho penal, le son aplicables *mutatis mutandis*, al derecho administrativo sancionador. Se arriba a lo anterior, si se considera que tanto el derecho administrativo sancionador, como el derecho penal son manifestaciones del *ius puniendi* estatal; de las cuales, el derecho penal es la más antigua y desarrollada, a tal grado, que casi absorbe al género, por lo cual constituye obligada referencia o prototipo a las otras especies. Para lo anterior, se toma en cuenta que la facultad de reprimir conductas consideradas ilícitas, que vulneran el orden jurídico, es connatural a la organización del Estado, al cual el Constituyente originario le encomendó la realización de todas las actividades necesarias para lograr el bienestar común, con las limitaciones correspondientes, entre las cuales destacan, primordialmente, el respeto irrestricto a los derechos humanos y las normas fundamentales con las que se construye el estado de derecho. Ahora, de acuerdo a los valores que se protegen, la variedad de las conductas y los entes que pueden llegar a cometer la conducta sancionada, ha establecido

³² Sobre el alcance de la reserva de ley y sobre los demás requisitos para la imposición de penas (y también de sanciones administrativas), puede verse Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, México, IJ-UNAM, 2007.

dos regímenes distintos, en los que se pretende englobar la mayoría de las conductas ilícitas, y que son: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. La división del derecho punitivo del Estado en una potestad sancionadora jurisdiccional y otra administrativa, tienen su razón de ser en la naturaleza de los ilícitos que se pretenden sancionar y reprimir, pues el derecho penal tutela aquellos bienes jurídicos que el legislador ha considerado como de mayor trascendencia e importancia por constituir una agresión directa contra los valores de mayor envergadura del individuo y del Estado que son fundamentales para su existencia; en tanto que con la tipificación y sanción de las infracciones administrativas se propende generalmente a la tutela de intereses generados en el ámbito social, y tienen por finalidad hacer posible que la autoridad administrativa lleve a cabo su función, aunque coinciden, fundamentalmente, en que ambos tienen por finalidad alcanzar y preservar el bien común y la paz social. Ahora, el poder punitivo del Estado, ya sea en el campo del derecho penal o en el del derecho administrativo sancionador, tiene como finalidad inmediata y directa la prevención de la comisión de los ilícitos, ya sea especial, referida al autor individual; o general, dirigida a toda la comunidad, esto es, reprimir el injusto (considerado éste en sentido amplio) para disuadir y evitar su proliferación y comisión futura. Por esto, es válido sostener que los principios desarrollados por el derecho penal, en cuanto a ese objetivo preventivo, son aplicables al derecho administrativo sancionador, como manifestación del *ius puniendi*. Esto no significa que se deba aplicar al derecho administrativo sancionador la norma positiva penal, sino que se deben extraer los principios desarrollados por el derecho penal y adecuarlos en lo que sean útiles y pertinentes a la imposición de sanciones administrativas, en lo que no se opongan a las particularidades de éstas, lo que

significa que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, a los ilícitos administrativos, sino que debe tomarse en cuenta la naturaleza de las sanciones administrativas y el debido cumplimiento de los fines de una actividad de la administración, en razón de que no existe uniformidad normativa, sino más bien una unidad sistémica, entendida como que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema, pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades, por lo que la singularidad de cada materia permite la correlativa peculiaridad de su regulación normativa; si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima.

Sala Superior, tesis S3EL 045/2002.

Recurso de apelación. SUP-RAP-022/2001.-Partido del Trabajo.- 25 de octubre de 2001.-Mayoría de cuatro votos.-Ponente: Leonel Castillo González.-Disidentes: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo, Eloy Fuentes Cerda y José Fernando Ojesto Martínez Porcayo.- Secretario: José Manuel Quistián Espericueta.

Al realizar en la práctica el mandato constitucional del inciso D que estamos analizando, el legislador podrá optar por imponer en concreto un tipo de sanción cuya creación está permitida constitucionalmente, pero no es obligatoria para el Congreso de la Unión. Me refiero a la sanción consistente en la orden de cancelación inmediata de las transmisiones de radio y televisión, de concesionarios y permisionarios, siempre que dichas transmisiones resulten violatorias de la ley. En este punto la dificultad puede surgir, si es que el legislador en efecto decide hacer uso de la “habilitación legislativa” que le otorga la Constitución, al momento de detallar lo que se debe entender por “suspensión inmediata”.

El señalamiento es importante en virtud de que dicha inmediatez podría colisionar con ciertas normas constitucionales. Por ejemplo, en alguna de sus modalidades, la inmediatez podría

parecerse en cierta medida a la censura previa, que está prohibida por el artículo 7 constitucional y por la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros ordenamientos. Recordemos de forma sumaria que la censura previa tradicionalmente implicaba una prohibición para la autoridad administrativa, que no podía imponer la necesidad de contar con una autorización previa para poder expresar o imprimir determinados documentos. Censura previa era, desde este punto de vista, el hecho de tener que contar con esa autorización.

Hoy en día, sin embargo, los teóricos han ampliado ese concepto de modo que actualmente por censura se entiende «toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, e incluye a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento».³³ De acuerdo con este concepto, pueden ser múltiples las formas que adopte la censura. Badeni enumera prolijamente las siguientes formas:³⁴

El monopolio de los medios de difusión; las subvenciones gubernamentales a ciertos medios de difusión en detrimento de otros y con el deliberado propósito de modificar o cercenar su línea editorial; la violación del secreto profesional que asiste a los periodistas; la difusión obligatoria de ciertas ideas, conceptos o acontecimientos; la publicación coactiva de cierta propaganda, noticia u opinión; la prohibición de crear nuevos medios de difusión; supeditar a la autorización gubernamental el establecimiento de los medios de comunicación; los privilegios o restricciones impuestas por el gobierno para emplear la tecnología de la comunicación; las trabas para la producción o importación de elementos necesarios para el funcionamiento o la modernización de los medios técnicos de co-

³³ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 215.

³⁴ *Ibidem*, p. 216.

municación; la aplicación de medidas fiscales que obstaculicen deliberadamente el normal funcionamiento de los medios de difusión, o que persigan alentar o desalentar a ciertos medios o a ciertas ideas; la presión coactiva sobre la orientación y la información de los órganos de difusión; la prohibición de difundir ciertas ideas; la intervención gubernamental de las empresas periodísticas; la intervención preventiva de cualquier autoridad pública, inclusive la judicial; todo procedimiento encaminado a estorbar o impedir la difusión de ideas; toda disposición que prohíba una publicación o establezca obligatoriamente su contenido contra la voluntad del emisor; toda medida fiscal discriminatoria para la actividad de la prensa; la exigencia de una caución para la cobertura de responsabilidades ulteriores.

Entre las formas típicas de ejercer la censura, aparte de las ya mencionadas en el párrafo anterior, se encuentra precisamente la clausura de los medios de comunicación³⁵ o el secuestro de las publicaciones.³⁶

En este contexto, la sanción consistente en la suspensión inmediata (de ahí la utilización del término “inmediatez” realizada en párrafos anteriores) prevista en el inciso d de la fracción III del artículo 41 constitucional debería siempre ser posterior a la emisión de que se trate, a fin de evitar el riesgo de que se convierta en una especie de censura previa.

Alguien podría decir que de esa manera se rebaja la posible eficacia de la sanción, puesto que el mensaje habría sido ya emitido y, en alguna medida, habría alcanzado de esa manera su objetivo. Puede que sea cierto este punto de vista y que la suspensión posterior permita ciertos excesos. Pero creo que tales

³⁵ *Ibidem*, pp. 233 y ss.

³⁶ *Ibidem*, pp. 238 y ss. Para este autor, “El secuestro y la prohibición de venta y circulación de material periodístico informativo destinado a difundir hechos u opiniones, es un acto de censura en la medida en que coarta al proceso de comunicación social” (p. 240).

excesos son preferibles, frente a la mucho más negativa atribución a una autoridad electoral para que decida por sí misma y bajo su único criterio lo que los ciudadanos podemos ver o escuchar en materia de propaganda política o de mensajes de partidos y candidatos. Creo que en este contexto tiene sentido recordar la frase de Cass Sunstein cuando afirma lo siguiente: “El gobierno no es tan digno de confianza cuando intenta controlar el discurso que puede dañar sus propios intereses; y cuando el discurso es político, éstos casi siempre entran en juego... tenemos motivos de mayor peso para desconfiar de la regulación gubernamental cuando se trata de temas políticos”.³⁷ Desde luego, las autoridades electorales no son «el gobierno» ni tienen, en principio, intereses políticos, pero lo importante es ejercer un control sobre todo tipo de autoridades, sean las que sean. En el Estado constitucional se acepta la idea de que no hay «poderes buenos» y que, en esa lógica, todos deben estar sometidos a fuertes limitaciones, sobre todo cuando sus actos pueden entrar en colisión o poner en peligro los derechos fundamentales.

Además de lo anterior, la suspensión debe respetar el derecho de audiencia de los afectados. El respeto de dicho derecho no va en contra del mandato del propio inciso d) en el sentido de que los procedimientos sancionatorios a cargo del Instituto Federal Electoral deben ser expeditos. La misma obligación se la asigna el artículo 17 constitucional a la impartición de justicia y nadie ha sostenido que los jueces puedan dejar de cumplir con el derecho de audiencia. Por el contrario, si algo caracteriza a todo procedimiento sancionador es precisamente la posibilidad de que el posible afectado sea escuchado, pueda ofrecer pruebas, dichas pruebas sean desahogadas y valoradas, y el órgano competente

³⁷ Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 147.

emita una resolución en la que haga referencia a las cuestiones planteadas por las partes. No se puede admitir que el apartado d), en aras de lograr que los procedimientos sean expeditos, permita que se sacrifiquen necesidades elementales de seguridad jurídica.

Lo que sí impone el apartado d) es la necesidad de construir con mucho cuidado el procedimiento en cuestión, a fin de que pueda lograr sus objetivos. Lo ideal sería contar con un procedimiento sumamente rápido, en alguna medida desformalizado, pero que permitiera dejar a salvo los derechos fundamentales de los interesados. El reto no es menor, pero tampoco es algo que no se haya hecho antes, tanto en México como en otros países.

IX. PUBLICIDAD GUBERNAMENTAL

Para terminar, haremos referencia al contenido de dos normas constitucionales que se incorporaron al texto de la Carta Magna como parte del proceso de la reforma electoral del año 2007 y que se refieren a ciertas modalidades o prohibiciones para la publicidad gubernamental. Nos referimos al segundo párrafo del inciso C de la fracción III del artículo 41 constitucional y al párrafo sexto del artículo 134 de la propia Carta Magna.

Hay muchas explicaciones acerca del destino que se le debe dar al gasto público. Es un tema que resulta central para legitimar las atribuciones de cualquier Estado para cobrarles impuestos a sus ciudadanos. Dichos ciudadanos pueden preguntar, con razón, para qué van a servir esos impuestos, qué destino se les dará a los recursos que el Estado nos “quita”. Las mejores respuestas tienen que ver con la satisfacción de necesidades generales, consistentes por ejemplo en la provisión de servicios de salud, educativos, de seguridad social, de seguridad pública, de vivienda y, en general, con el deber del Estado de realizar todas las acciones que aseguren el disfrute más amplio y

completo de los derechos fundamentales. El tema es tan importante para el Estado constitucional que aparece incluso en uno de sus documentos fundadores; en efecto, en el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se dispuso lo siguiente: “Todos los ciudadanos tienen el derecho de verificar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración”.

Obviamente, en este esquema encaja con enorme dificultad (si es que encaja) el hecho de que los recursos públicos se gasten en publicidad gubernamental, que muchas veces ni siquiera tiene carácter institucional, sino que sirve nada más que para la promoción personal de un gobernante que quiere prolongar su carrera política y que, para tal efecto, no tiene empacho en utilizar al erario público.

No solamente en México hemos podido atestiguar ese fenómeno. Parece algo omnipresente en muchos sistemas de democracia incipiente o débil en América Latina. Responde en parte a una conocida tendencia regional que privilegia la personalización de la política por encima de la visión institucional.

Como quiera que sea, merecen el mayor aplauso las disposiciones citadas de los artículos 41 y 134 constitucionales, ya que a través de ellas se prohíben las campañas de publicidad gubernamental en periodos electorales (según el artículo 41, fracción tercera, apartado C, párrafo segundo) y en todo tiempo la publicidad «personalizada», por llamarle de algún modo (según el artículo 134).

Para efectos de la competencia electoral ambas normas son de la mayor relevancia. La primera porque resuelve un desequilibrio que se hubiera creado a favor del partido en el gobierno si se limitase solamente la posibilidad de que los partidos políticos accedieran a medios de comunicación. Los partidos verían limitadas sus posibilidades, pero el gobierno podría hacerse promoción y, de esa manera, ayudar indirectamente a los candidatos de su misma formación política. La prohibición del artículo 41 genera un equilibrio importante y racionaliza el

uso de los medios de comunicación durante las campañas frente a todos los actores políticos.

La disposición del artículo 41 abarca a los órganos de todos los niveles de gobierno y a los entes autónomos, de forma que cubre todo el espectro del Estado mexicano.

La norma en cuestión acepta tres excepciones a la prohibición de transmitir publicidad durante los periodos electorales: a) la publicidad de las propias autoridades electorales cuando realicen campañas informativas (por ejemplo, campañas de promoción del voto); b) las campañas que se refieran a servicios educativos y de salud, y c) las campañas sobre protección civil, pero solamente en el caso de que se presente una emergencia que las justifique.

Respecto de la disposición del artículo 134, en su párrafo sexto, abarca cualquier periodo de tiempo, por lo que no debe entenderse que está limitada a los procesos electorales. Ordena que toda publicidad gubernamental tenga carácter institucional, de tal forma que no incluya nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen una promoción personalizada de cualquier funcionario público. De esta manera se reconduce la legitimidad del gasto público en campañas de información a través de los medios de comunicación, así como —indirectamente— la legitimidad del cobro de impuestos, en los términos en los que se hizo la explicación correspondiente en los párrafos anteriores.

Además de regir en todo tiempo, la prohibición es aplicable a todo tipo de publicidad, con independencia del formato en que sea transmitida. Esto significa que la norma constitucional es aplicable a las campañas que se realicen en televisión, radio, prensa escrita, internet, cine, en publicaciones oficiales (informes de gobierno, revistas gubernamentales), volantes, pósters, etcétera. El término “propaganda”, como lo enfatiza con acierto el propio párrafo sexto del artículo 134, debe entenderse como referido a “cualquier modalidad de comunicación social”.

La norma del artículo 134 tiene un evidente impacto en materia electoral, ya que impide que quienes se desempeñan como funcionarios públicos utilicen la visibilidad que les puede dar la propaganda gubernamental para partir con ventaja al inicio de una campaña electoral. Es algo que no ha sido extraño en los últimos años dentro la política mexicana, pero que la reforma de 2007 con gran acierto corta de raíz. Quienes aspiren a ser conocidos por los ciudadanos, mientras ocupen un cargo público, deberán buscar formas de difusión de su imagen y de su trabajo que sean ajenas a la publicidad gubernamental o pública. Es un gran acierto del poder reformador de la Constitución haber incluido esta norma. Habrá que esperar que el régimen sancionador correspondiente (que debe existir por mandato del párrafo séptimo del propio artículo 134) sea eficaz y sirva para castigar ejemplarmente a quien quiera saltarse el mandato constitucional.

De esta manera terminamos con el repaso de las principales cuestiones que suscita la reforma electoral a la Constitución del año 2007, relacionadas con el derecho fundamental a la libertad de expresión. El balance de dicha reforma, a la luz del citado derecho fundamental, creo que puede ser positivo, si bien es cierto que existen ciertos aspectos sobre los que habrá que ser muy rigurosos en la aplicación que hagan los órganos correspondientes. En todo caso tal aplicación deberá estar acompañada y vigilada por la opinión pública, a cuya formación se dirigen las normas que permiten la creación de un debate público abierto, robusto y desinhibido, para recuperar la ya citada y todavía insuperada fórmula del juez William Brennan Jr. en la sentencia *New York Times versus Sullivan*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS³⁸

- Ackerman, Bruce y Ayres, Ian, *Voting with dollars. A new paradigm for campaign finance*, Yale University Press, New Haven y Londres, 2002.
- Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002.
- Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- Bastida Freijedo, Francisco, “La libertad de información en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, tomo I.
- Bastida, Francisco J. y Villaverde, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005.
- Boix Palop, Andrés, “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 65, Madrid, mayo-agosto de 2002.
- Cabezuelo Arenas, Ana L., *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998.
- Carbonell, Miguel, *Transición a la democracia y medios de comunicación: un punto de vista constitucional*, Aguascalientes, Coordinación General de Asesores-Gobierno del Estado, 2002.

³⁸ En virtud de que la bibliografía sobre el tema es muy extensa, aquí se citan solamente las referencias más importantes, con especial atención en las que se han utilizado para redactar el presente trabajo.

- “Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, México, mayo-agosto de 2002.
- Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2006.
- Carpizo, Jorge, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones” en *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, México, Cámara de Diputados, 1998.
- “Constitución e información” en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2000.
- “Vida privada y función pública”, *Este País. Tendencia y opiniones*, núm. 148, México, julio de 2003.
- Coderch, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Madrid, CEC, 1993.
- El mercado de las ideas*, Madrid, CEC, 1990.
- Coderch, Pablo Salvador y Gómez Pomar, Fernando (editores), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002.
- Elster, Jon (compilador), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, IJ-UNAM, 2004.
- Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2000.
- Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, IJ-UNAM, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo”, *Este País. Tendencias y opiniones*, núm. 203, México, febrero de 2008.
- Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997.
- La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- García Canales, Mariano, “El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política”, *La democracia constitucional*.

- Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, tomo I.
- Garzón Valdés, Ernesto, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de razón práctica*, núm. 137, Madrid, noviembre de 2003.
- Laporta, Francisco J., “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de razón práctica*, núm. 72, Madrid, mayo de 1997.
- Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Miami, SIP, 2000.
- López Ayllón, Sergio, “Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IJ-UNAM, 2000.
- “Derecho de la información”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo IX, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- Mieres, Luis Javier, “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?” en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coordinadores), *Derechos humanos y derecho a la información. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- Minc, Alain, *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.
- Muñoz-Alonso Ledo, Alejandro, “La democracia mediática” en Muñoz-Alonso, A. y Rospir, Juan Ignacio (editores), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2001.
- *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2002.

- Orozco Henríquez, Jesús, “Libertad de expresión”, vv. aa., *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2005.
- Orozco y Villa, Alejandro, *Los límites a la libertad de expresión en México*, México, Porrúa, 2005.
- Ortega Gutiérrez, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, CEPC, 1999.
- Polo Sabau, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2002.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de razón práctica*, núm. 72, Madrid, mayo de 1997.
- Saavedra, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.
- Scalon, Thomas, “Teoría de la libertad de expresión”, Dworkin, Ronald (compilador), *La filosofía del derecho*, México, FCE, 1980.
- Smolla, Rodney A., *Free speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992.
- Strong, Frank R., “Fifty years of ‘clear and present danger’: from Schenck to Brandenburg and beyond”, *The Supreme Court Review 1969*, The University of Chicago Press, Chicago, 1969.
- Sunstein, Cass R., *Democracy and the problem of free speech*, Nueva York, The Free Press, 1995.
- *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, México, Porrúa, 2002.
- Trejo Delarbre, Raúl, “Civilizar a los poderes salvajes. Ilimitado dominio de los medios de comunicación”, vv. aa., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, 2002.

- Vázquez Camacho, Santiago (compilador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007.
- Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
- *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995.
- “Derecho de rectificación” Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, tomo III.
- VV. AA., *La libertad de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2002.
- Warren, Samuel y Brandeis, Louis, “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, volumen IV, número 5, 15 de diciembre de 1890; traducción al castellano *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995.

La libertad de expresión en materia electoral

es el cuaderno núm. 3 de la serie

Temas selectos de derecho electoral.

Se imprimió en julio de 2008

en la Coordinación de Información, Documentación
y Transparencia del TEPJF

Carlota Armero 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480.

Su tiraje fue de 1,300 ejemplares.