

20

Temas selectos de
Derecho Electoral

Libertad de expresión y equidad. ¿La Constitución contra sí misma?

José Roldán Xopa



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

Temas selectos de
Derecho Electoral **20**

**Libertad de
expresión y equidad.**
¿La Constitución
contra sí misma?

José ROLDÁN XOPA

342.21022 Roldán Xopa, José.

R645L

Libertad de expresión y equidad : ¿la constitución contra sí misma? / José Roldán Xopa. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

86 pp.-- (Serie Temas selectos de derecho electoral; 20)

ISBN 978-607-708-046-6

1. Libertad de expresión. 2. Libertad de expresión y derecho.
3. Medios de comunicación – Regulación. 4. Medios de comunicación – Uso y efectos. I. Título. II. Serie.

SERIE TEMAS SELECTOS DE DERECHO ELECTORAL

DR. 2011 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Dr. Enrique Ochoa Reza,
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

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

ISBN 978-607-708-046-6

Impreso en México

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

Comité Académico y Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dr. Rafael Estrada Michel

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena



PRESENTACIÓN

El derecho a la libertad de expresión es una prerrogativa fundamental reconocida y garantizada por las constituciones de la mayoría de los países democráticos o en vías de democratización. Es igualmente reconocido en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, su ejercicio conlleva ciertos dilemas para resolver en la práctica: ¿es válida cualquier forma de expresión? Si no es así, ¿cuáles son sus límites?; si hay límites, ¿es un derecho que se puede cooptar?

Por otro lado, si a la libertad de expresión como derecho en abstracto se le agrega el matiz político, la complejidad se incrementa. Por ejemplo, si una figura pública (actor, deportista, funcionario público, etcétera) hace una declaración sobre sus gustos musicales, la nota pasa sin pena ni gloria; en cambio, si lo hace sobre sus preferencias políticas seguramente no corre con la misma suerte.

El tema de la libertad de expresión en el contexto político-electoral es ampliamente estudiado por el académico del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), José Roldán Xopa, en este número de Temas selectos de Derecho Electoral, sobre todo a partir de la reforma en la materia llevada a cabo en México tras la elección federal de 2006.

El doctor Roldán Xopa disecciona su texto en 13 apartados que incluyen introducción y conclusiones. El punto neurálgico de su análisis lo proyecta perfectamente en el título que le asigna a su texto: la libertad de expresión en un contexto electoral donde la equidad juega un papel central y en el que, no obstante, pareciera

que las reglas no son claras o resultan contradictorias, incluidas las de rango constitucional.

En la sección que sigue a la introducción, el autor ofrece un recuento de los acontecimientos más importantes que a la sazón animarían una serie de reformas a la legislación electoral en materia de medios de comunicación entre 2007 y 2008. Uno de los puntos principales tiene que ver con la supuesta intervención de firmas industriales, televisoras y organizaciones empresariales en el proceso electoral. El siguiente apartado resulta de sumo interés, pues el autor expone las deficiencias en materia de armonización legislativa —incluso en el ámbito constitucional— del marco que regula la vida electoral, esto a la luz de la prohibición para contratar propaganda política.

En las secciones subsecuentes Roldán abunda en el concepto de libertad de expresión, la libertad de expresión en materia política y su contextualización en la democracia. Posteriormente aborda la dicotomía libertad de expresión política-publicidad comercial. Estas cavilaciones lo llevan a cuestionar si las corporaciones tienen derecho a la libertad de expresión política y más adelante a explicar la lógica del círculo entre quienes concesionan el espectro radiofónico, quienes lo usufructúan y quienes lo consumen.

Al llegar a la sección IX el autor refiere los límites a la libertad de expresión y el dilema de la inequidad que prevalece en el sistema de partidos mexicano por lo que hace a financiamiento y acceso a medios de comunicación. En el siguiente apartado se aboca a la construcción de la prohibición y de sus efectos en el ejercicio de los derechos y de la democracia, pasando revista a las debilidades de la reglamentación y a algunos ejemplos que se han presentado sobre cómo esquivar la regla sin violarla.

Los últimos apartados son de corte más propositivo, en los que el autor le apuesta al derecho de réplica como un mecanismo no prohibitivo de la libertad de expresión que más bien aliente el

debate, la denuncia y la oportunidad de desmentir o afirmar hechos y dichos en la lucha política, ello en un marco de transparencia y de cara a la ciudadanía.

El libro que el lector sostiene en sus manos es un destacado ejercicio de reflexión sobre el modelo de comunicación política que sobrevino a la reforma electoral más reciente, así como acerca de la naturaleza, los límites y alcances del derecho a la libertad de expresión.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EQUIDAD. ¿LA CONSTITUCIÓN CONTRA SÍ MISMA?*

José Roldán Xopa

*Doctor en Derecho por la Universidad
Nacional Autónoma de México. Profesor
de tiempo completo del Instituto
Tecnológico Autónomo de México.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El origen de la prohibición; III. Libertad de expresión y prohibición de contratación de propaganda. Un conflicto intraconstitucional; IV. La libertad de expresión en materia política; V. Libertad de expresión y democracia; VI. Libertad de expresión política y publicidad comercial; VII. ¿Las corporaciones tienen derecho a la libertad de expresión política?; VIII. De la plaza pública al radio y la televisión; IX. Las limitaciones a la libertad de expresión y la inequidad como problema; X. La pertinencia de las limitaciones. La anatomía de la prohibición; XI. ¿Qué hacer?; XII. El derecho de réplica; XIII. Conclusiones, XIV. Fuentes consultadas

* Agradezco el apoyo de Luis Fernando Coyoc, Manuel Guadarrama, José de la Luz López Santiago, Ana María Zorrilla, Liliana Herrera y Perla Lorena Pérez en la investigación para este trabajo, así como los comentarios críticos de Luis Manuel Pérez de Acha, Federico Estévez, Mirna Sernas y Alfredo Narváez.

En homenaje a Julia Barragán

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del ensayo es analizar la prohibición que tienen los particulares para contratar propaganda electoral en radio y televisión. El tema central de la reflexión es la tensión existente entre la libertad de expresión y la equidad en la construcción de un Estado constitucional. Tanto la libertad de expresión como la equidad tienen sentido en el proceso electoral en tanto contribuyen al proceso democrático. No obstante, en nuestro país, el diseño constitucional ha limitado a la primera considerando que se justifica por razones de equidad.

En este trabajo se sostiene que la prohibición del artículo 41 constitucional contradice la libertad de expresión garantizada en el artículo 6°, creando un conflicto en el interior de la Constitución. En la identificación y el tratamiento del conflicto se precisa que la libertad de expresión es un derecho de los ciudadanos y que, por tanto, las empresas y los grupos de interés económico carecen de él. Siendo un derecho ciudadano, se afirma que la restricción sacrifica injustificadamente el derecho de los hablantes y de los oyentes afectando el proceso democrático. Y que en contraposición al argumento que soportó la reforma, la equidad es un valor disminuido en nuestro sistema electoral. Además, se considera que la reforma es ineficaz para cumplir el propósito de igualdad y equidad en la contienda. Lo anterior se debe a que no evita la expresión de los grupos de interés, quienes, por el contrario, continúan expresándose mediante prácticas de difícil control.

No obstante, se asume que no debe soslayarse la equidad puesto que es necesaria para una democracia deliberativa, para tal efecto se afirma que la propia Constitución establece el mecanismo que permite la libertad de expresión en condiciones de equidad: el derecho de réplica.

El enfoque de este ensayo se limita a la discusión sustantiva del problema, por lo que no tratará su vertiente procesal.

Sapere aude

II. EL ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN

La reforma constitucional de noviembre de 2007 (DOF 2007) incluyó como parte de la reforma al artículo 41, la 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.

La constitucionalización¹ de la prohibición fue la respuesta a diversos acontecimientos sucedidos en la elección de 2006, en particular los siguientes:

- La participación destacada de un particular² en el proceso electoral, quien contrató una cantidad relevante de espacios en radio y televisión para promoverse como candidato a la presidencia de la República.
- La presencia de grupos de empresarios, quienes emitieron mensajes en radio y televisión tomando posición respecto a candidatos y partidos participantes en la elección.³

¹ Se habla de constitucionalización de la prohibición por ser una elevación del rango, pues la misma estaba ya establecida en el artículo 41 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (en lo sucesivo Cofipe).

² Víctor González Torres, autonombrado “Doctor Simi”, quien se autopostuló como candidato a la presidencia de la República, buscó la candidatura del Partido Socialdemócrata y Campesino y también ser reconocido como candidato independiente, sin conseguirlo. No obstante, a lo largo del proceso electoral asumió posiciones de crítica a un candidato a la presidencia de la República: Andrés Manuel López Obrador.

³ El Consejo Coordinador Empresarial (CCE) contrató *spots* en radio y televisión los cuales fueron transmitidos en la etapa final de la contienda electoral alrededor de 249 veces en los canales 2, 4, 5 y 9 de Televisa, considerado un soporte

- La emisión de comerciales que fueron interpretados como mensajes a favor o en contra de candidatos y partidos.⁴
- La emisión de mensajes en programas de televisión (telenovelas) que fueron interpretados como posicionamiento político en pro o en contra de candidatos.⁵

Si bien la reforma contó con un amplio respaldo en el Congreso y en las legislaturas de los estados, fue recibida adversamente por algunos partidos políticos, grupos de ciudadanos así como agrupaciones empresariales, al grado de presentar diversos medios de impugnación constitucional, en particular, acciones de inconstitucionalidad⁶ y amparos⁷ contra dicha reforma constitucional. En uno de ellos promovido por la Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, la jueza de Distrito, Florida López, resolvió otorgar el amparo.⁸ Además de las controversias jurisdiccionales anotadas anteriormente, dio lugar a uno de los debates más álgidos e interesantes en torno a la libertad de expresión, la justificación de sus limitaciones y sus implicaciones.

Ahora bien, la discusión acerca de la justificación de las restricciones a la libertad de expresión, a nuestro juicio, debe ser abordada

electrónico de alto impacto. Los *spots* fueron calificados como parte de una campaña negativa en contra de Andrés Manuel López Obrador y como respaldo al Partido Acción Nacional (PAN). La autoridad consideró que estas violaciones por parte del CCE constituyeron una “irregularidad que viola los principios constitucionales de igualdad en la contienda y de legalidad electoral”.

⁴ Destacan los de las empresas Jumex y Sabritas. Véase <http://www.youtube.com/watch?v=0DgimDTqZho&feature=related>

⁵ En las telenovelas “La fea más bella” y en la serie cómica “La parodia” transmitidas por la empresa Televisa.

⁶ Convergencia (168/2007) y Nueva Alianza (169/2007).

⁷ Se presentaron 42 amparos, de los cuales fueron admitidos 27 que siguen su proceso.

⁸ Sentencia de 8 de mayo de 2009 en el expediente 139/2009-I.

con un enfoque que precise, en primer lugar, su función en el proceso democrático, los componentes de tal libertad así como el tipo de amenazas que pretenden enfrentarse con la restricción, para finalmente analizar la corrección de la restricción y su eficacia o ineficacia para cumplir su propósito.

La formulación constitucional del derecho es escueta y básica:

Artículo 6º. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado (CPEUM).

El texto constitucional atiende a la noción clásica de la libertad, o si se prefiere, a la formulación de Stuart Mill en la cual la limitación sólo se justifica si existe un daño. En su ensayo *On liberty*, Mill considera que la expresión debe ser libre y que es la acción asociada a la expresión la que puede ser objeto de restricción si es fuente de daño a terceros.⁹

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DE CONTRATACIÓN DE PROPAGANDA. UN CONFLICTO INTRACONSTITUCIONAL

El contraste entre los preceptos constitucionales citados motivó la discusión que se ha trasladado a los tribunales, en el sentido de que la reforma viola la libertad de expresión. Por supuesto, en el

⁹ Para un interesante análisis de la obra de Mill remito a Fiss (2010), en especial el capítulo II: Una libertad tanto personal como política, 51 y ss.

extremo contrario está el argumento de que si bien es una restricción, está justificada.

Un primer paso para tratar la cuestión anterior es un análisis formal. Este primer aspecto requiere entender que nos encontramos ante preceptos cuyos enunciados deben contrastarse para determinar si sus contenidos normativos son compatibles o si estamos ante una contradicción. El artículo 6º establece como restricciones a la libertad, cuando ataque:

- a) a la moral;
- b) los derechos de tercero;
- c) provoque algún delito;
- d) o perturbe el orden público.

No establece restricciones atendiendo al tipo de sujeto, el medio en que se expresa, el acto jurídico que hace posible su publicación o el costo de dicha publicación. Por tanto, bajo este enunciado, la contratación o adquisición de propaganda sería una conducta permitida. En cambio, el artículo 41 la prohíbe. En consecuencia, la misma actividad se encontraría prohibida y permitida a la vez por dos normas del mismo ordenamiento y de igual jerarquía.

Que una conducta sea permitida y prohibida por dos normas del mismo ordenamiento no es una cuestión novedosa para el derecho, por el contrario, a este tipo de conflictos se enfrentan habitualmente los gobernados y es tratada con frecuencia por los tribunales.

En el derecho mexicano, desde luego, se observan este tipo de casos. Un ejemplo en el cual dos normas establecen restricciones en los derechos de las personas es donde los tribunales federales enfrentaron el siguiente problema:

La Ley de Amparo establece que solamente las personas morales oficiales estarán exceptuadas de garantizar el otorgamiento de la suspensión en el juicio de amparo. Así, por ejemplo, Petróleos

Mexicanos (Pemex) no estará obligada a dar garantía (una fianza por ejemplo). Por otra parte, la Ley de Instituciones de Crédito estableció que las instituciones bancarias tampoco estarán obligadas a garantizar el otorgamiento de la medida cautelar (Banjército o Bancomer, por ejemplo).

La primera disposición no incluía el supuesto de la segunda; la primera prohíbe, la segunda permite. El problema es análogo, al enfrentarlo, los tribunales determinaron que en efecto se daba una contradicción, por lo que debía prevalecer una sobre la otra. Para el caso, la Ley de Amparo.

INSTITUCIONES DE CRÉDITO. TRATÁNDOSE DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEY DE AMPARO, RESULTA INAPLICABLE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY QUE LAS RIGE.

El artículo 125 de la Ley de Amparo establece que cuando sea procedente la suspensión, pero pueda ocasionar daño o perjuicio a tercero, la medida cautelar se concederá si el quejoso otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaran si no se obtiene sentencia favorable; esta exigencia emana del artículo 107, fracción X, de la Carta Magna y no obstante que el artículo 86 de la Ley de Instituciones de Crédito exige a éstas de constituir depósito o fianza legales, aun tratándose de la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo, las instituciones de crédito sí se encuentran obligadas a otorgar garantía para que surta efectos la suspensión de tales actos cuando exista riesgo de que con tal medida se pueda causar daño o perjuicio a un tercero, porque conforme al principio de autonomía jurídica no puede aceptarse que los preceptos relativos de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, queden subordinados a

una disposición también contenida en otra ley reglamentaria, pues los mandatos de aquélla son los que deben tomarse en cuenta para la interpretación y aplicación de cualquier otra ley en cuanto al juicio constitucional, para no hacer nugatorias las disposiciones que rigen el juicio de garantías

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Incidente de suspensión (revisión) 3219/2001. Banco Santander Mexicano, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Santander Mexicano. 11 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Germán Cendejas Gleason. Secretario: Luciano Valadez Pérez (SCJN DVD IUS 2010).

Sobre el mismo problema se pronuncia la tesis aislada “INSTITUCIONES DE CRÉDITO. DEBEN OTORGAR GARANTÍA PARA QUE SURTA EFECTOS LA SUSPENSIÓN OTORGADA EN LOS JUICIOS DE AMPARO PROMOVIDOS POR LAS”, en la cual se resuelve en el mismo sentido, pero argumentando que la Ley de Amparo, por ser reglamentaria es superior a la de Instituciones de Crédito. Los criterios que adoptaron los tribunales —independientemente de que afirmen la igualdad o la superioridad jerárquica de la Ley de Amparo— muestran, para efectos de este trabajo, la técnica empleada para encontrar una antinomia en el ordenamiento: la permisón o prohibición de una misma conducta.

Las líneas anteriores tienen presente los problemas formales, considerando que el derecho es formulado en términos de lenguaje y en consecuencia, sus contenidos pueden ser contradictorios.

Por supuesto, es posible que el conflicto a que se ha hecho referencia sea negado. El argumento más evidente para soportar lo anterior parte de la lectura del artículo 1º constitucional: “... todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Consti-

tución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. El silogismo es simple: si los artículos 6º y 41 establecen límites y condiciones a la libertad de expresión, entonces ambos deben aplicarse y son compatibles. Fin de la discusión.

La conclusión anterior no sólo es apresurada sino simplista. Impide reflexionar acerca de la función de los derechos entendidos no sólo como espacios de actuación posible o restringida que afecta a los individuos, sino como componentes de una organización social que estima que tales derechos tienen un lugar en el proceso democrático sea como principio, fin o valor constitucional. Dicho de otra manera, la identificación de un conflicto intraconstitucional se relaciona con la idea que se tenga de la Constitución y, por tanto, con el o los métodos de interpretación que se empleen.

En este sentido, existe una dimensión de mayor calado a los problemas formales. La Constitución, más allá de ser un texto es un conjunto normativo que ordena los aspectos fundamentales de una sociedad. La Constitución estructura la política, la economía, los derechos, los poderes y sus relaciones. Como institución importa para el desempeño de una sociedad, respecto de si tiene una mejor o peor democracia, si es más libre o más autoritaria, más igualitaria o más injusta.¹⁰

Para apreciar las dimensiones del problema, considerar a la Constitución como un sistema de ordenación social permite articular un análisis de mayor riqueza. En tal sentido, la prohibición de la expresión de las ideas (aun la pagada) debe examinarse en el contexto de si es compatible y contribuye al fin, valor y principio constitucional de la democracia (artículo 3º CPEUM). O bien, si por el contrario, es una restricción que no solamente no contribuye, sino que daña tal propósito constitucional.

¹⁰ Una reflexión influyente que destaca la relevancia de las instituciones en el desempeño de una sociedad es la de Douglas (1993).

La contradicción entre dos reglas, o principios constitucionales, tampoco es una novedad para el derecho; al contrario, es también materia de tratamiento cotidiano. Es posible que a propósito de un acto administrativo, un reglamento, una ley (heteroaplicativa o autoaplicativa), se planteen cuestiones que requieren la interpretación directa de la Constitución. De manera que aun cuando se discuta la constitucionalidad de tales actos, la litis tiene que resolver cuestiones relativas a preceptos, reglas o principios igualmente constitucionales. Por ejemplo, el derecho a la salud y la libertad de comercio¹¹ o la garantía de audiencia y la facultad expropiatoria sin audiencia.¹²

En los casos anteriores, el juez elige la regla aplicable según su juicio, o bien, realiza un juicio de ponderación o de proporcionalidad para decidir cuál de ellos debe prevalecer y cuál es el sacrificable (o la medida en que es sacrificable). En el fondo, lo que decide es cuál de las reglas o principios constitucionales prevalece.

Lo que causa mayor conflicto a los tribunales en el tema de este ensayo es que es directamente una reforma constitucional la que se impugna. Es común escuchar afirmaciones en el sentido de que la Constitución no puede contradecirse, pues alteraría el principio de unidad constitucional. Lo anterior, por supuesto, es falso. La Constitución contiene reglas que se contradicen o reglas y principios que entran en tensión. Por otra parte, la unidad de la Constitución también es un principio que sirve precisamente para resolver las contradicciones y reformular a la Constitución misma, por vía interpretativa, como un ordenamiento unitario. Un ejemplo de contradicción entre reglas igualmente constitucionales es el siguiente:

¹¹ Al discutir la regulación del tabaco, los tribunales decidieron en función de la prevalencia de la salud o la libertad de comercio.

¹² El conflicto se fincó entre la interpretación de los artículos 14 y 16 y el artículo 27. La Corte había interpretado este último considerando que constituía una de las excepciones a la audiencia previa, posteriormente interpretó que debía ser observada por la autoridad. Al respecto puede verse Pérez de Acha y Elizondo (2009).

El artículo 41, fracción V, párrafo séptimo, señala:

La ley establecerá los requisitos que deberán reunir para su designación el consejero presidente del Consejo General, los consejeros electorales, el Contralor General y el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral; quienes hayan fungido como consejero Presidente, consejeros electorales y Secretario Ejecutivo no podrán ocupar, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, cargos en los poderes públicos en cuya elección hayan participado.

Por otra parte, el artículo 55, fracción V, segundo párrafo, señala que para ser diputado (y también senador, por remisión del artículo 58), se requiere:

No ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni Magistrado, ni Secretario del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ni Consejero Presidente o Consejero Electoral en los consejos General, locales o distritales del Instituto Federal Electoral, ni Secretario Ejecutivo, Director Ejecutivo o personal profesional directivo del propio Instituto, salvo que se hubieren separado de su encargo, de manera definitiva, tres años antes del día de la elección.

Los dos preceptos anteriores establecen reglas diferentes para el mismo supuesto. Por ejemplo, si el consejero presidente del Instituto Federal Electoral (IFE) quisiera ser diputado o senador, tendría que separarse de su cargo dos años antes, según la regla del artículo 41, y tres años antes según la regla del 55: ¿cuál es la aplicable? Es evidente que no se pueden aplicar las dos reglas al mismo tiempo. Suponiendo que se plantee ante un decisor (el IFE o un Tribunal) éste tendrá que decidir cuál de

las dos aplica y de este modo hacer prevalecer la que a su juicio sea la elegida.¹³

En una reciente decisión, la Corte, en su Primera Sala, reconoció la posibilidad de conflictos intraconstitucionales y su competencia para resolverlos:

CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO.

Dada la estructura de las normas constitucionales es posible que existan supuestos en los que éstas entren en conflicto. Esto es especialmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión porque en diversos supuestos no se contemplan expresamente todas sus condiciones de aplicación. La labor de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en precisar a través de la resolución de casos concretos, las condiciones de procedencia de las normas constitucionales en conflicto. En este sentido, cuando tienen lugar contradicciones entre distintos principios constitucionales con motivo de situaciones concretas se utilizan distintas técnicas argumentativas, como la ponderación, que permiten resolver este tipo de problemas (SCJN Tesis XCVII/2010).

De la misma manera que se ha mostrado la contradicción entre reglas, puede presentarse, aun cuando sea con mayor grado de abstracción, un conflicto entre principio, valores o fines constitu-

¹³ La presencia de contradicciones como la descrita es explicable por lo seductor que resulta para la clase política constitucionalizar aspectos que debieran estar en leyes o reglamentos administrativos. Se presenta entonces un fenómeno de constitucionalizar lo ordinario y hacer ordinaria la Constitución. Constitucionalizando se desconstitucionaliza. Se hace una Constitución de reglas más que de principios.

cionales según lo reconoce el anterior precedente.¹⁴ ¿Cómo tratar tales conflictos constitucionales? Las respuestas son fundamentales para hallar el tipo de problema, los mecanismos o medios de resolver el conflicto y los posibles efectos de una decisión. Algunas constituciones establecen cláusulas “eternas” o “pétreas” estableciendo su imposibilidad de reforma que dan una base explícita para estimar su prevalencia dentro del orden constitucional,¹⁵ que no es el caso de la mexicana, que supone que todas las normas son de igual jerarquía.

Una primera forma de entender el problema es pensar que se está ante una norma constitucional pero “inconstitucional”. Y que por tanto tal inconstitucionalidad tendría que hallarse a partir de su contraste con otra norma supraconstitucional o extraconstitucional. Tal método, como puede anticiparse, tiene el inconveniente de ubicar tal referente exterior a la Constitución y ser infinitamente subjetivo: ¿la moral, la religión, la ideología? Plantea también el problema de la competencia del decisor para tal tarea (un poder superior al del Constituyente), sobre todo si el efecto de su decisión es expulsar o invalidar la norma “inconstitucional” de la Constitución.

Una segunda forma de apreciar el problema, que se considera la más adecuada, es suponer que se está ante un problema de contradicción intraconstitucional. Dos o más normas igualmente constitucionales pero que plantean un conflicto que no admite dos soluciones contradictorias (prohibir y permitir al mismo tiempo).

Precisada la contradicción, la función del decisor (privilegiadamente un Tribunal constitucional) es resolver cuál de las dos normas prevalece para el caso; es la misma función que los tribunales realizan de forma cotidiana. Dicha función se lleva a cabo sin recurrir a referentes extraconstitucionales y bajo las facultades que le ha

¹⁴ Acerca de los conflictos en la Constitución véase Martínez (2007).

¹⁵ Es el caso de las constituciones alemana, italiana, portuguesa, turca, brasileña, salvadoreña y venezolana.

dado el poder constituyente, así, el juez constitucional actúa de conformidad con la Constitución.

En esta función adquiere sentido la discusión acerca de cuál es el medio procesal para plantear el conflicto y cuáles son los posibles efectos de la sentencia y si el juez constitucional tiene poderes para ello. En esto importa si el procedimiento involucra el poder del Tribunal para conformar el ordenamiento o para aplicarlo. Dicho en otros términos, si el procedimiento lleva a confirmar la validez de una norma o a expulsarla del ordenamiento, o bien, especificar el derecho de una persona sin afectar la conformación del ordenamiento.¹⁶

La precisión anterior suele ser oscurecida por el uso que se le ha dado en nuestro país a las declaratorias de inconstitucionalidad. El efecto de una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley no es el mismo en una acción de inconstitucionalidad que en una sentencia de amparo. En la primera se invalida la norma, en la segunda únicamente se desaplica para el caso; en la primera se expulsa del ordenamiento, en la segunda se mantiene. La acción de inconstitucionalidad tiene efectos generales, mientras que la sentencia de amparo tiene efectos particulares.¹⁷

La expulsión de una norma de la Constitución plantea la discusión acerca del poder que pudiera tener la Suprema Corte para invalidar una decisión del Constituyente. En la sentencia de amparo no sucede lo anterior, ya que lo que establece el juez o el Tribunal o la Corte es cuál norma (ambas aprobadas por el Constituyente) prevalece. No ex-

¹⁶ Esta precisión técnica es frecuentemente soslayada, lo que puede conducir a extravíos. La objeción contramayoritaria y la legitimidad del juez para controlar los actos del legislador se debilita cuando aquél carece del poder para invalidar o expulsar la norma del ordenamiento. Véase al respecto el libro de Linares (2008, 248-50). Existe en la literatura una discusión relevante acerca del poder de los jueces para invalidar decisiones del legislador. Una de las más articuladas es la de Waldron (2005). Sin embargo, se insiste, al no precisar las peculiaridades técnicas de la decisión del juez, la discusión puede llegar a presentar falsos problemas.

¹⁷ Los términos de invalidez y desaplicación explican el efecto fuerte en ambos procedimientos. Es posible que haya sentencias que los moderen, por ejemplo, las sentencias interpretativas.

pulsa o invalida a la norma no preferida de la Constitución sino que la mantiene¹⁸ (Salazar 2008, 8-10). Precisa el derecho de la persona para el caso conservando la validez de la norma y resuelve el conflicto creado por el Constituyente porque ésa es su función constitucional.

Dado que no es el propósito de este trabajo plantear los aspectos adjetivos del problema, sino profundizar en los sustantivos de lo que en mi opinión es una contradicción constitucional, los siguientes apartados estarán dedicados a tal objetivo.

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA POLÍTICA

El tema de este trabajo requiere precisar el ámbito de realización o materialización de la libertad, es decir, el terreno de la política. Se considera como política el ámbito de actuación en el cual los ciudadanos y sus organizaciones (partidos o agrupaciones políticos) participan en el proceso de integración de los titulares de los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) —ámbito electoral—, así como las decisiones sobre el quehacer público en que los ciudadanos y sus organizaciones buscan influir. Lo anterior no es solamente un ejercicio de precisión de la materia, sino la contextualización del tipo de relaciones sociales a las cuales se aplica.

Como afirma Cruz Parcero (2008) —partidario de la restricción—, la libertad de expresión puede ser de diversos tipos (distingue la política, artística, científica, comercial, religiosa y de entretenimiento, principalmente), sin embargo, no tienen el mismo valor. La expresión política, dice, suele considerarse la más importante y, por ello, la más protegida, aunque no necesariamente la más dis-

¹⁸ Ésta es una de las cuestiones que requiere ser analizada con cuidado. Una expresión en tal sentido es formulada por Pedro Salazar (2008) para quien la decisión de la “constitucionalidad” es rechazable porque implicaría la expulsión de la norma del ordenamiento, la cual es una conclusión inexacta.

tribuida entre las personas. Las otras formas de expresión gozarán de una protección menor respecto de ésta, pero en ocasiones serán distribuidas de manera más amplia entre las personas.

La expresión a su vez suele clasificarse también, según su contenido, en insultos (injurias, ofensas), opiniones (juicios de valor que incluyen la sátira y la burla), información, noticias (información con relevancia pública), y falsedades (rumores, insidias que son información no veraz). Lo que es importante, agrega, es entender que una expresión se clasifica por la forma (escrita, verbal) y el contenido, las circunstancias (donde cuenta mucho el tipo de auditorio), el medio (prensa, radio, televisión), el tiempo y también la persona que la efectúa. Los límites que se imponen pueden entonces venir justificados en atención a uno o varios de estos aspectos (Salazar 2008, 198). La referencia a Cruz Parceró es útil porque permite apreciar los diversos puntos de atención en el debate, en particular:

- a) La existencia de diversos ámbitos de la libertad de expresión, en especial de la política y más aún si existe una libertad de expresión comercial (la que Cruz Parceró da por supuesta).
- b) La relevancia de la libertad de expresión política y su especial protección.
- c) La libertad de expresión como un proceso comunicativo en el que son importantes tanto el hablante como el auditorio.
- d) El contenido de la expresión (opiniones, juicios de valor, información, etcétera).
- e) El tipo de sujetos o personas que la realizan.
- f) El medio o las circunstancias en que se expresa (plaza, prensa, radio, televisión o cualquier otro).
- g) Las condiciones de igualdad o desigualdad de los oferentes de mensajes, y habría que agregar, de los receptores.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA

La democracia constitucional requiere un debate “desinhibido, robusto y completamente abierto” sobre los asuntos políticos, dice la ya clásica formulación del juez William J. Brennan de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En la línea que sostiene que la libertad de expresión en los asuntos públicos debe ser abierta y no limitada se encuentra una rica tradición jurisprudencial tanto en derecho comparado como nacional. Por ejemplo, en el derecho estadounidense, en el caso *Sullivan vs. New York Times* 376 U.S. 254 (1964), el juez Brennan absolvió al periódico considerando en su resolución que se expresaba un “profundo compromiso nacional con el principio según el cual el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y completamente abierto”¹⁹ (Fiss 2010, 33) y que puede incluir expresiones vehementes, cáusticas y algunas veces ataques severos hacia el gobierno y los funcionarios públicos.

En el derecho mexicano, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en la sentencia SUP-RAP-31/2006, califica a la libertad de expresión en los siguientes términos:

1. La libertad de expresión es fundamental para la democracia y para el orden político. Esto es, va más allá de ser una prerrogativa de las personas y se constituye como un pilar del sistema político.
- 2.- Las restricciones que el texto constitucional admite a la libertad de expresión son indeterminadas. En consecuencia, solo pueden determinarse en función de un caso concreto. Ello implica que el tribunal jurisdiccional que deba determinarlos

¹⁹ Sullivan, jefe de la policía de Montgomery, acusó al periódico de difamarlo por haber publicado una nota en la que le imputaba el inicio de acciones intimidatorias contra Martin Luther King.

tendrá que ser cuidadoso de no afectar injustificada o arbitrariamente esta libertad.

3.- El elemento anterior se vincula con un mandato de interpretación expansiva de los derechos político electorales establecida en la tesis jurisprudencial de la propia Sala Superior.

4.- La libertad de expresión contenida en los artículos 6º. y 7º. constitucionales debe siempre vincularse a las obligaciones establecidas en el artículo 41 constitucional.

5.- El debate democrático requiere la libre circulación de las ideas e información acerca de los candidatos y partidos políticos (Madrazo 2008, 276).

La alta estimación de la libertad de expresión ha generado un estándar judicial que ha sido recogido por los tribunales mexicanos en el sentido de ser especialmente exigentes para aceptar limitaciones. El TEPJF, por su parte, ha establecido como estándar de revisión el escrutinio estricto.

La libre manifestación de las ideas constituye uno de los fundamentos del orden político, y es vital para el mantenimiento y la consolidación de las instituciones democráticas. En las democracias constitucionales se permite a las personas que se expresen libremente para que otras puedan votar. De ahí que diversos tribunales, como la Suprema Corte de los Estados Unidos, le atribuyan una “posición preferente” (el caso *Murdock vs. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 115 [1943]), lo cual no descarta que la libertad de expresión pueda ceder frente a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, siempre y cuando el motivo sea justificado con suficiencia.

Si como se ha resuelto en los precedentes citados, las expresiones relativas a servidores públicos o a otras personas que ejercen funciones de carácter público deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio en torno a asuntos de interés público o interés general,

de la misma manera deben valorarse las expresiones que se profieran en relación con una persona pública; por ejemplo, un político o un candidato a cargo de elección popular. Estas personas se someten por voluntad propia al escrutinio público, en lo relativo a cuestiones de interés público o interés general, y la sociedad tiene legítimo interés de mantenerse informada, de conocer o saber la verdad acerca de ellos.

Se elige a una persona, no a un producto o un servicio, y si somos realistas tampoco se elige a un programa político “en abstracto”. El proceso de selección y el debate debieran ser fuertes para obtener información sobre el carácter de los candidatos, su capacidad de liderazgo y de gobierno, lo mismo que sobre su moralidad pública y privada. Poner en tela de juicio las capacidades de los candidatos no es una cuestión que concierne de forma exclusiva a los otros competidores, sino a los ciudadanos.

Así como ha sido valorada por los tribunales estadounidenses, la relevancia de la libertad de expresión puede apreciarse en la sentencia del Tribunal constitucional español, al considerar que es “la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (Sentencia 12/1982).

Si consideramos que la democracia es un proceso (Bobbio 2005), el propósito de la libertad de expresión es posibilitar, por una parte, que aquellos que presentan una oferta, es decir los políticos, puedan darla a conocer a los votantes y contrastarla con sus competidores. Por otra parte, facilita que los electores —la audiencia— puedan conocer las diversas propuestas para decidir qué tipo de vida quieren vivir; éste no es solamente un derecho de los oferentes, sino también de la audiencia. Tampoco se trata de un derecho que corre en una sola dirección: de los políticos a los ciudadanos, también corre de éstos hacia aquéllos; la libertad de expresión es un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Se permite que unos se expresen para que otros puedan votar, pues la

expresión de opiniones facilita a las personas votar conociendo todas las opciones y en posesión de toda la información relevante.

Según el artículo 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales, la libertad de expresión comprende, además, el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, lo que se conoce como la libertad de investigación y el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno sin consideración de fronteras, ya sea por escrito, en forma oral, impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento.

Los párrafos anteriores tienen el propósito de destacar la relevancia de la libertad de expresión política y su especial protección, así como subrayar que en el proceso de integración de los órganos del Estado es un derecho tanto de quienes buscan ser elegidos como de los ciudadanos.

VI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN POLÍTICA Y PUBLICIDAD COMERCIAL

Aun cuando, como sucede con Cruz Parceró,²⁰ existe una tendencia automática a considerar que el tema de la libertad de expresión también debe discutirse en el ámbito de las actividades económicas, pero la cuestión merece un análisis más detenido. La distinción es necesaria, ya que la reforma constitucional tiene origen en la intromisión de empresas (Jumex, Sabritas y Televisa) o agrupaciones de empresarios (Consejo Coordinador Empresarial, CCE) en el proceso político, como ya se señaló. En los casos de Jumex y Sabritas se dio una mezcla entre la publicidad comercial y la toma de posición política a favor de un candidato. En el caso de Televisa se argumentó la libertad de expresión y de creatividad

²⁰ Esto también ocurre con Miguel Carbonell, para contrastar, véase Carbonell (2007, 378).

artística de sus actores y escritores, y en el caso del CCE hubo una abierta actividad de propaganda política.

En principio debe señalarse que las actividades en las que las personas se involucran cuando eligen a representantes para un cargo público y en las que lo hacen para ofrecer un bien o servicio al mercado, son distintas. Si bien lo anterior resulta una obviedad, no es así cuando en ambos casos lanzan mensajes a los oyentes para persuadirlos a elegir a una persona, un bien, un producto o un servicio. En ambos casos hay expresión.

No obstante que la regulación jurídica, la doctrina y la jurisprudencia distinguen la expresión de ideas de la publicidad como dos actividades distintas, la separación no siempre ha sido tajante. Así, por ejemplo en los Estados Unidos, la publicidad comercial ha sido ubicada fuera del ámbito de protección constitucional. Una publicidad comercial, dice Fiss, busca persuadir a una audiencia para que consuma algún bien o servicio, por lo tanto, podría decirse que no se trata de un asunto de interés ni para el público ni para la comunidad política organizada. Como resultado, la Corte Suprema tradicionalmente ha dejado fuera de la protección de la Primera Enmienda a la publicidad comercial (Fiss 2010, 65), como en el caso *Valentine vs. Chrestensen*. 316 U.S. 52 (1942).

Sin embargo, la Corte estadounidense ha protegido bajo la Primera Enmienda casos de publicidad comercial, aun cuando la discusión y votación ha sido dividida. Para proteger a los farmacéuticos que publicitaban los precios —*Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council*. 425 U.S. 478 (1976)—, en 1996 la Corte invalidó una ley de Rhode Island que prohibía publicidad de licores fuera de los locales comerciales (44 *Liquormart vs. Rhode Island* 517 U.S. 484 [1996]).

Las posturas de los jueces se dividieron:

Aquellos que estaban en contra de utilizar la Primera Enmienda para proteger la publicidad comercial, recordaron a sus

colegas el carácter esencialmente político de la libertad que la Enmienda garantiza. Si bien el grupo quedó en minoría, lo cierto es que el escrutinio aplicado por la mayoría prevaleciente hacia las regulaciones de ese tipo fue menos estricto que el aplicado a regulaciones que recaían en discursos de índole política. Esta diferencia en el grado de escrutinio refleja también la distinción entre las concepciones de carácter político y personal de la libertad de expresión (Fiss 2010, 66).

En nuestro país, la regulación constitucional de la libertad de expresión por una parte y la libertad de comercio, industria, profesión y trabajo (artículo 5º constitucional), por la otra, puede ayudar en la distinción. La Constitución particulariza a las libertades económicas en el precepto citado y en las garantías de concurrencia y competencia. Si bien no se refiere expresamente al derecho a dar publicidad a los bienes y servicios, se entiende como una libertad implícita para ofertarlos; al igual que la libertad de expresión, la de comercio tiene sus restricciones.

El artículo 5º protege el comercio cuando el mismo sea lícito; la ilicitud, es cierto, sería una condición exceptuada de la protección (por ejemplo, el comercio de la cocaína), no obstante, la propia disposición establece que tal libertad económica podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros, o **por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.** En esta última parte se funda la intervención de la administración pública para “vedar” tal libertad si se “ofenden” los derechos de la sociedad.

Semánticamente *vedar* significa prohibir, impedir, estorbar, dificultar (DRAE 2002). *Ofender* significa, entre otras cosas, “ir en contra de lo que comúnmente se tiene por bueno, correcto o agradable” (DRAE 2002). En este sentido, constitucionalmente se justifican las restricciones al comercio por resolución judicial si se atacan los derechos de tercero o por resolución gubernativa si se

daña el interés público (SCJN DVD IUS 2010),²¹ que es otra forma de referirse a los derechos de la sociedad en contraposición a los derechos del individuo.

La restricción del comercio se justifica en la medida necesaria para evitar daño al interés público. El ordenamiento jurídico es rico en ejemplos de productos o servicios cuya comercialización se limita por razones de protección a la salud, a la ordenación urbana, impacto ambiental. Entre los casos más notorios se encuentran el del tabaco o las bebidas alcohólicas, prohibiendo su venta a menores de edad o su comercialización y consumo en determinados lugares. La constitucionalidad de tales restricciones ha sido validada por los tribunales en diversos precedentes.²²

²¹ LIBERTAD DE COMERCIO. ALCANCES DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

De la interpretación que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido sobre el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que, por un lado, la garantía de libre comercio no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que requiere que la actividad que realice el gobernado sea lícita, es decir, que esté permitida por la ley; y, por el otro, que el propio precepto establece que su ejercicio sólo puede limitarse en dos supuestos: por determinación judicial, cuando se lesionen los derechos de tercero, o bien, por resolución gubernativa en los casos específicos que marque la ley, siempre y cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Lo anterior implica que la garantía en cuestión será exigible en aquellos casos en que la actividad, aunque lícita, no afecte el interés público, entendido éste como el imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual que se traduce en la convivencia y bienestar social. En ese sentido, cuando a través de una resolución gubernativa se limite el ejercicio de la citada garantía, se requiere, necesariamente, que el ordenamiento que la restringe contenga un principio de razón legítima que sustente el interés de la sociedad y que tienda a proteger sus derechos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de mayo en curso, aprobó, con el número LXXXVIII/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de mayo de dos mil.

²² Se encuentran tesis antiguas como “BEBIDAS EMBRIAGANTES, EXPENDIOS DE PROHIBICIÓN TEMPORAL PARA ESTABLECER NUEVOS”; “COMERCIO, LIBERTAD DE. LA CONSTITUCIÓN AUTORIZA SU RESTRICCIÓN EN BENEFICIO DE LA COLECTIVIDAD”; “LIBERTAD DE TRABAJO. LOS ARTÍCULOS 3o., 13, 14 Y 16 DE

En consecuencia, se está ante dos libertades distintas que operan en ámbitos de conducta diversos (política y economía), y sometidas a regulaciones y a un régimen de prohibiciones distinto. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha intentado precisar los ámbitos de la libertad de expresión política y la publicidad comercial, sin embargo, no ha sido del todo clara en deslindar los ámbitos y apunta a la relación que esta última puede tener con dicha libertad.

En diversas tesis, la SCJN, ha intentado distinguir los estándares de información propios de la publicidad comercial, relacionándolos con la objetividad de la información divulgada y los derechos de los consumidores a estar informados con certeza de los bienes y servicios que consumen. Los elementos anteriores se desprenden de la tesis —que resulta orientadora— establecida por Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA. La libertad de expresión e imprenta goza de una vertiente pública e institucional que contribuye de manera esencial a la formación y al mantenimiento de una opinión pública libre y bien informada, elemento imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia representativa. Desde esta perspectiva, se entiende que las libertades de expresión e imprenta protejan de manera especialmente clara y enérgica el derecho del individuo a expresar sus ideas en materia política, y que otro tipo de discursos expresivos,

LA LEY DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLAN EL NUMERAL 5o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Registro No. 180325 (SCJN DVD IUS 2010).

como el comercial, estén mucho más desconectados de la función que otorga a estos derechos su singular posición dentro del esquema estructural de funcionamiento de la democracia representativa. En este sentido, la publicidad puede, en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias, constituir una aportación al debate ciudadano sobre los asuntos públicos, y puede contribuir a difundir y a dar plasticidad a ideas que pueden y deben legítimamente ingresar en el debate público. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el discurso comercial se reduce simplemente a un conjunto de mensajes que proponen a sus receptores la realización de una transacción comercial y, en esa medida, su producción puede ser regulada por el legislador dentro de límites mucho más amplios que si tratara de un caso de ejercicio de la libertad de expresión en materia política. Si bien no puede afirmarse, ex ante y de manera absoluta, que el discurso comercial esté totalmente fuera del ámbito de proyección de la libertad de expresión, en la mayoría de ocasiones *el mismo solamente complementa el libre ejercicio de una actividad empresarial, por lo que le son aplicables las limitaciones legales y constitucionales que se proyectan sobre esta última*. Esto es así cuando las limitaciones inciden en la dimensión puramente informativa de la publicidad y la relación de la publicidad con el ejercicio de la libertad de imprenta no se da en el caso concreto. *El legislador, por tanto, al considerar la publicidad en cuanto mensaje que da información sobre la oferta empresarial puede someterla a los límites de veracidad y claridad exigibles en este ámbito* (SCJN DVD IUS 2010) (énfasis añadido).

La publicidad, como expresión de una libertad económica, está sujeta a mayor regulación que la libertad de expresión. Se trata de un acto de derecho mercantil que puede ser una declaración unilateral de voluntad o una invitación a contratar, y debe proporcionar información objetiva al consumidor así como evitar prácticas enga-

ñasas.²³ Los casos de Jumex y Sabritas muestran la mezcla que es posible ver entre la publicidad comercial y la propaganda electoral. En el mensaje dirigido a los consumidores para la adquisición de un producto se da una clara referencia de apoyo a uno de los candidatos presidenciales. Se busca influir en los consumidores/ciudadanos en la elección de una persona en un momento determinado.

VII. ¿LAS CORPORACIONES TIENEN DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN POLÍTICA?

En los antecedentes de la reforma se dieron prácticas de publicidad que de manera encubierta establecían posiciones políticas, organizaciones corporativas (CCE) abiertamente asumieron posturas políticas, o bien, programas producidos y dirigidos por empresas (Televisa) que expresaron por medio de personajes posiciones políticas en contra de candidatos a la presidencia de la República.

Lo anterior pone en la mesa de análisis lo siguiente: publicidad comercial con contenidos políticos, personas morales representativas de entes económicos tomando posiciones políticas, o actividades de televisión comercial asumiendo posiciones partidarias. En términos lisos y llanos, corporaciones económicas participando en política y argumentando su derecho a la libertad de expresión... política.

Es indudable y natural que los diversos grupos sociales, inclusive los intereses económicos, participen en los asuntos públicos del país. Así ha sido y seguramente lo seguirá siendo. No obstante, una cuestión es que haya grupos del poder económico o social cuya presencia en el poder sea insoslayable y otra distinta es que las corporaciones económicas participen en la política como un derecho

²³ Véase al respecto García Sais (2007).

y que gocen de los derechos políticos como si fueran ciudadanos, entre ellos a la libertad de expresión política. Si es verdad que las corporaciones como personas jurídicas tienen derechos (entre otros, los fundamentales), son titulares de éstos de acuerdo con su naturaleza, es decir, los serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas (Carbonell 2004, 379).

La política es una cuestión que concierne a los seres humanos en tanto ciudadanos. Las personas morales carecen de tal calidad; las personas morales son ficciones creadas por las personas físicas en función de un objeto social concreto. Las mercantiles tienen propósitos económicos o de especulación comercial. Si sus actos se realizan fuera de tal objeto estarían actuando *ultra vires*.

En política, los ciudadanos pueden constituir entidades jurídicas cuya finalidad sea ésta (partidos políticos, asociaciones políticas o coaliciones), con o sin personalidad jurídica. No obstante, tales entes colectivos son producto de uno de sus derechos políticos, el de asociación, mas no como parte de su derecho a la empresa o industria.

El deslinde del aspecto mercantil del político y la existencia de prohibiciones para que las corporaciones participen en política (por ejemplo, para realizar aportaciones económicas) atiende no solamente al diverso ámbito social en el que actúan, sino a que su participación en política produce efectos considerados indeseables. Las restricciones a su participación buscan proteger a la democracia de una de sus deformaciones: la oligarquía (Bobbio 2005, 33-4).

Además de su influencia económica, cuando una corporación participa en política, el velo corporativo encubre problemas adicionales como propiciar el anonimato de las personas físicas que deciden. Quienes se expresan pueden ser sus accionistas o sus gerentes. A pesar de que la sociedad sea de nacionalidad mexicana, puede ser de capital total, mayoritaria o minoritariamente extranjero, por lo que si su voz es expresada puede implicar intervención de extranjeros en política, lo cual está prohibido. Adicionalmente, es posible que se

excluyan voces de la misma sociedad (accionistas minoritarios que no compartan las decisiones de la mayoría o de los gerentes).

La cuestión es problemática. Las corporaciones han asumido como propio el discurso de los derechos fundamentales y han tenido éxito en su conquista. Es cada vez mucho más frecuente que derechos concebidos para los seres humanos, se extiendan a las corporaciones.²⁴ En materia de expresión política, resultan escandalosos los casos que legitiman la participación de entidades corporativas; el más reciente es la sentencia de la Corte estadounidense *Citizen United vs. Federal Election Commission* aprobada el 20 de enero de 2010.

Citizens United es una organización de orientación republicana. En 2008, en las elecciones primarias produjo el documental *Hillary: the movie* en el que descalificaba a Hillary Clinton, la precandidata demócrata. Dado que la película podía considerarse, bajo la legislación vigente, propaganda política prohibida a las organizaciones en periodos de campaña. La decisión final correspondió a la Corte.

Su argumento principal fue que los límites a los gastos de las corporaciones o de los sindicatos promocionando a un candidato violan el derecho de aquéllos a la libertad de expresión (en cambio, los límites a las contribuciones directas a una campaña son válidos). Algo similar había insinuado la propia Corte en 1976, en el famoso caso *Buckley vs. Valeo* [424 U.S. 1 (1976)]. En el caso *Buckley* se discutía la validez de una ley de 1974, aprobada con el objeto de disminuir el peligro de corrupción en el sistema político, pero también de mejorar las condiciones de igualdad en el acceso al poder, para que la mayor riqueza de los candidatos o su mayor capacidad para recaudar fondos no constituyeran circunstancias excluyentes y definitorias en una campaña. Entre otros puntos, la ley

²⁴ Un documento crudo pero que sirve para ejemplificar este fenómeno es la película *The Corporation* (2009). Escrita por Joel Bakan y dirigida por Mark Achbar y Jennifer Abbot, Canadá, Big Picture Media.

establecía —de manera similar a la ley McCain-Feingold— un límite a las contribuciones políticas a favor de candidatos a cargos en el ámbito federal, y fijaba un tope a los gastos por parte de individuos o grupos “relacionados con un candidato claramente identificable” (González-Bertomeu).

En el caso *Citizens United*, la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió permitir a las corporaciones gastar de manera ilimitada para promover a un candidato, invalidando la prohibición establecida en la ley federal sobre financiamiento político McCain-Feingold (aprobada en 2002, y nombrada por los legisladores que la promovieron). La sentencia fue emitida con el voto dividido de los jueces de la Corte, cinco jueces conservadores firmaron el voto de mayoría (Kennedy redactor, Scalia, Roberts, Alito y Thomas) y los cuatro progresistas moderados (Stevens, Breyer, Ginsburg y Sotomayor).

En las audiencias ante la Corte, Alito preguntó qué diferencias habría entre prohibir un *spot* que promocioe una película y prohibir la publicación de un libro que dijera lo mismo, resaltando la acción, no el soporte. La pregunta de Alito llevó a la Corte a las siguientes conclusiones: el derecho a la libre expresión engloba necesariamente el “derecho a gastar sin límites en publicidad”, el derecho a la libre expresión, y protege “tanto a los particulares o personas físicas como a las corporaciones” (Arballo).

La Corte sostuvo que

El concepto de que el gobierno puede restringir el discurso de algunos miembros de la sociedad con el fin de ampliar la voz relativa de otros es completamente ajeno a la Primera Enmienda, la que fue diseñada para “asegurar la más amplia diseminación posible de información a partir de fuentes diversas y antagónicas” (González-Bertomeu).

En la opinión disidente, argumentaron que la premisa en que descansa este caso es la reiteración de que la Primera Enmienda

prohíba distinciones en la regulación basadas en la identidad del hablante, incluyendo la identidad corporativa. La presunción de que las corporaciones deben ser tratadas idénticamente como si fueran una persona natural en la esfera política, no es sólo errónea, sino también inadecuada para justificar la decisión de la Corte en este caso.

Razonaron que en el contexto de una elección a un cargo público, la distinción entre hablantes humanos y hablantes corporativos es relevante: a pesar de que las corporaciones hacen enormes contribuciones a la sociedad, realmente no son miembros de ésta. Las corporaciones no pueden votar o ser votadas para un puesto público. Lo anterior se debe a que puede ser que las corporaciones estén controladas y manejadas por no residentes o porque sus intereses pueden estar en conflicto con intereses fundamentales de los votantes. Sin embargo, estuvieron de acuerdo en que los recursos financieros, estructura legal y orientación instrumental de las corporaciones crean preocupaciones legítimas sobre su papel en el proceso electoral. Dijeron que los legisladores tienen un llamado constitucional, si no es que un deber democrático, para tomar las medidas destinadas a suprimir los efectos potenciales de gastos corporativos en las elecciones.

Con esta resolución, la Corte cambia la doctrina limitativa de dos casos relativamente recientes —Austin vs. Michigan Chamber of Commerce de 1990 y McConnell vs. Federal Election Commission de 2003— en los que la Corte había afirmado la constitucionalidad de las restricciones a la publicidad electoral pagada por empresas privadas.

Si en el debate público, dice Arballo, no se limita el volumen de las voces de los más poderosos, las voces más débiles pueden quedar acalladas. Las limitaciones son funcionales para mantener una cierta “igualdad de armas” en el proceso electoral. Pero en Buckley vs. Valeo de 1976 (decisión que en su momento fue duramente criticada por John Rawls) la Corte sembró la mala semilla que ahora cosecha: dijo que esto no podía ser considerado como un “interés

imperioso” (*compelling interest*) del Estado. Si una empresa ayudó a un candidato pagando, es muy posible que haya devolución de “gentilezas” de la política por acción o por omisión. En cualquier caso, es seguro que la financiación corporativa ilimitada es una máquina de generar conflictos de intereses entre el votante y su favorecedor (González-Bertomeu).

Al sostener ahora que los topes a los gastos violan la Constitución, dice González-Bartomeu, la Corte insinuó (al igual que en Buckley) que la garantía de la libertad de expresión fue establecida para asegurar la más amplia diseminación posible de información a partir de fuentes diversas y antagónicas. Pero esta afirmación es doblemente tramposa en estos casos. La posibilidad de oír voces diversas y antagónicas se encuentra fuertemente condicionada por razones económicas; aquellos que menos tienen enfrentan dificultades casi insuperables para comunicar sus ideas. La libertad de expresión no sólo se ve amenazada por parte del Estado, sino también por la situación de poderío económico de la que gozan ciertos individuos y grupos en relación con el resto de la sociedad. Paradójicamente, es la propia Corte la que impide el cambio de esta situación (González-Bartomeu).

La decisión tiende a borrar las barreras entre ciudadanos y corporaciones, favoreciendo el poder de estas últimas y su influencia en el sistema político de Estados Unidos. El mercado político también concierne al mercado económico. Las empresas se van convirtiendo en ciudadanos.

Al igual que Obama, Dworkin califica esta decisión como *The “Devastating” Decision*:

The main theoretical flaw in Kennedy’s opinion is different, however. The opinion announces and perpetuates a shallow, simplistic understanding of the First Amendment, one that actually undermines one of the most basic purposes of free speech, which is to protect democracy. The nerve of his ar-

gument—that corporations must be treated like real people under the First Amendment—is in my view preposterous. Corporations are legal fictions. They have no opinions of their own to contribute and no rights to participate with equal voice or vote in politics.

Kennedy’s opinion left Americans very little room to protect themselves against this further degradation of their democracy. But it did leave some. He acknowledged that the ruling does not prevent Congress from requiring reasonable disclosures and disclaimers in corporate advertising. I believe Congress should require a prominent statement in every such ad disclosing any corporate sponsors and declaring that their support represents the opinion of the corporation’s officers, who have a duty to promote the corporation’s own interests, and not necessarily the opinion of any of their shareholders who are actually paying for the ad.

Tal cuestión ha pasado desapercibida para los tribunales mexicanos. En la sentencia de amparo de la Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos (139/2009-I), que otorga el amparo debido a que la jueza encontró violaciones en el procedimiento, para el efecto de que “al quejoso no se le aplique en el presente y para el futuro el artículo reclamado [se refiere al artículo 41 apartado A, penúltimo párrafo constitucional] todo ello para restituirlo en la garantía individual violada, conforme al artículo 180 de la Ley de Amparo”.

La sentencia, sin haberse ocupado de la discusión de fondo (¿tienen derecho las personas morales a la libertad de expresión política?), la reconoce expresamente. En tal sentido, la sentencia es mucho más criticable que la de la Corte estadounidense que conscientemente aborda el problema y toma una decisión en el entendimiento de cuáles serían sus efectos.

Bajo el argumento que se defiende en el presente ensayo, el amparo debía ser negado, ya que no se reconoce tal derecho. La agrupación empresarial no es una asociación de ciudadanos cuyo objeto social sea la política, es una organización corporativa que agrupa a empresarios.

Atender solamente a los problemas de procedimiento y no de fondo coloca al juez constitucional en un contexto en el que decide a ciegas.²⁵ Explicitado el problema que acarrea la libertad de expresión política de las corporaciones, pasaremos a la cuestión de los medios en los que se expresa.

La cuestión de los medios en los que se expresan los ciudadanos permite también introducir otro matiz en la distinción. En primer término la diferencia entre las empresas cuya actividad implica ser un medio de comunicación y aquellas que producen bienes o servicios distintos; así como la relación y también la diferencia entre libertad de expresión y libertad de prensa.

Debido al tema tratado en este trabajo, el énfasis se hará en radio y televisión.

VIII. DE LA PLAZA PÚBLICA AL RADIO Y LA TELEVISIÓN

La expresión puede ser ejercida en distintos escenarios, en la plaza pública, en un centro comercial, en alguna estación de radio o televisión, en un periódico, algún portal de internet, *facebook*, *twitter*, y en todo aquello que pueda ser portador de un mensaje. Mientras más eficaz, mejor para el hablante, si damos algo de crédito a la frase de McLuhan que afirma que el medio es el mensaje. El medio

²⁵ Algunos tribunales, por ejemplo el colombiano, han encontrado lo forma de examinar cuestiones de fondo a pesar de que examina aspectos concernientes al procedimiento, mediante el examen de la competencia (Sentencia C-551 de 2003). Véase al respecto Cajas (2008).

puede hacer la diferencia, por lo mismo, es relevante considerarlo, pero también apreciar las diferencias del régimen jurídico al que se encuentra sujeto cada uno de ellos.

A diferencia de la plaza pública, es decir, un bien de uso común o un centro comercial o un periódico que son propiedad privada, la radiodifusión está sujeta a una especial regulación de derecho público. Se trate de radiodifusión abierta o restringida, se requiere de concesión para explotar un bien del Estado o una red de telecomunicaciones sujeta al interés público.

La radiodifusión²⁶ abierta es, por definición de la ley, una actividad de interés público que para su prestación requiere del empleo del espectro radioeléctrico, el cual, según el artículo 27 constitucional y el artículo 1° de la Ley Federal de Radio y Televisión (LFRT), es un bien del dominio de la Nación. Dice la LFRT: “Artículo 4º.- La radio y la televisión constituyen una actividad de interés público, por lo tanto el Estado deberá protegerla y vigilarla para el debido cumplimiento de su función social”.

Para la prestación de tal actividad por particulares se requiere permiso o concesión. Para comprender su importancia en la sociedad son notas relevantes que la radiodifusión se considere como actividad de interés público, que se le asigne una función social y que requiera de una habilitación que autorice el aprovechamiento de un bien del dominio público de la nación. Que la radiodifusión sea de interés público y que se preste por medio de un bien público, permite explicar su regulación, pues debe garantizar el cumplimiento de los fines de interés general, así como la posición jurídica que los concesionarios y los permisionarios tienen frente a la administración

²⁶ El servicio de radiodifusión es aquel que se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio; con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello (LFRT, artículo 2º, párrafo segundo).

pública. La función social como característica de la radiodifusión tiene una relevancia que amerita que sus propósitos se expliciten en el propio texto legal:

Artículo 5o.- La radio y la televisión, tienen la función social de contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana. Al efecto, a través de sus transmisiones, procurarán: [...] V.- Fortalecer las convicciones democráticas, la unidad nacional y la amistad y cooperación internacionales (LFRT).

La ley contiene entonces claros propósitos de política pública y la disposición citada no tiene meros efectos declarativos o discursivos, sino que es una norma que establece fines y es un mandato tanto para la autoridad que tiene a su cargo la función ejecutiva como para los sujetos que realizan la actividad regulada por la ley. De esta manera, fortalecer las convicciones democráticas, es parte de los fines que deben ser logrados por los prestadores de los servicios y por las autoridades al aplicar la ley.

En tales circunstancias, la ley no hace distinciones respecto de los prestadores del servicio de radiodifusión. Tanto los concesionarios como los permisionarios, públicos o privados están obligados a cumplir con tales fines; la ley rige por igual. Si están obligados a cumplir con los mismos fines, por tanto también debieran tener las mismas condiciones para cumplir con ellos.

En un sentido técnico, la actividad de radiodifusión es exactamente la misma entre los concesionarios y permisionarios. La radiodifusión se define de igual manera para ambos, unos y otros utilizan el mismo medio de propagación: el espectro radioeléctrico; ambos requieren título habilitante (en la ortodoxia del derecho administrativo en ambos casos debiera ser concesión); asimismo, tanto concesionarios como

permisionarios deben cumplir en igual medida con los fines previstos por la ley, ya que la misma no establece diferencias.

A diferencia de los permisos, las concesiones se destinan para quienes persiguen fines de lucro. Las estaciones comerciales, requieren de concesión y por tanto su tipo societario debe ser el propio de actividades lucrativas, sin perjuicio de que puedan serlo las personas físicas (LFRT, artículos 14 y 15).

La distinción entre el permiso y la concesión en el tipo de actividad y en la capacidad de los titulares (fines de lucro), dan lugar a procedimientos distintos para adquirir su titularidad. Los permisos se otorgan directamente, las concesiones por medio de licitaciones. La diferencia es sobre todo económica: en las concesiones su adquisición se sujeta al mejor postor; en los permisos se debe considerar la importancia social de la actividad. Ahí donde la ley de la oferta y demanda no genera condiciones para garantizar el efectivo disfrute y ejercicio del derecho a la expresión y a la información, la legislación debe permitir la radiodifusión no lucrativa.

Aun cuando en estricta interpretación constitucional, cualquier forma de aprovechamiento por los particulares debería ser bajo la forma de concesión, la distinción hecha por la ley entre concesionarios y permisionarios debe entenderse en condiciones de igualdad en derechos constitucionales.²⁷ El establecimiento de una forma de acceso a la radiodifusión distinta para las actividades lucrativas y las que no lo son, resulta importante para garantizar las mismas posibilidades de acceso.

Tanto los concesionarios como los permisionarios deben posibilitar el derecho al igual acceso y dar cumplimiento a la obligación de garantizar la igualdad de oportunidades a todas las personas

²⁷ El párrafo sexto del artículo 27 constitucional señala expresamente que los bienes del dominio de la nación, entre los cuales se encuentra el espacio aéreo, y su uso, explotación o aprovechamiento por los particulares “no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal...” (énfasis añadido).

para recibir, buscar y difundir información (expresión y prensa). Tal situación debe ser protegida y garantizada respecto de posibles distorsiones. La pluralidad en el servicio de radiodifusión ha sido reconocida como una forma de tutelar la libertad de expresar ideas y ha sido objeto de tutela constitucional. En un notable precedente, los tribunales federales han dicho: "...la libertad constitucional de expresar ideas debe incluir necesariamente la libertad de utilizar libremente todos los medios de expresión, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas, y esto incluye los medios masivos de difusión" (SCJN DVD IUS 2010).

Y agregan...

Lo que las autoridades deben combatir es el monopolio monocromático de esos medios masivos de comunicación. Y la única razón para prohibir el uso de nuevos canales, o para cancelar las concesiones o permisos de canales en uso, será evitar que se forme un monopolio que coarte la libertad de expresión, o impedir que los canales utilizables queden en manos de personas poco serias [...] cuando se va a otorgar una concesión, la SCT debe hacer los estudios pertinentes [para] que no se constituyan monopolios monocromáticos de tan importantes medios de difusión... (SCJN DVD IUS 2010).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el contenido del derecho de libertad de expresión, se ha pronunciado en términos semejantes en el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* o "La última tentación de Cristo" (2001), al considerar:

...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.

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 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 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.

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

La actividad de los medios de comunicación masiva (radio, televisión, prensa o internet) está sujeta a ciertas disposiciones jurídicas, en forma tal, que entre los elementos que condicionan su actividad figuran las limitaciones establecidas o derivadas por la propia Constitución y desarrolladas en la ley, que sean necesarias para la protección del orden y la paz pública o la moral, así como los derechos o reputación de tercero (CPEUM, artículos 6º y 7º). Como puede apreciarse, algunas de dichas limitaciones constituyen conceptos jurídicos indeterminados, ya que están redactados en términos particularmente vagos o tienen una periferia de textura

abierta; sin embargo, esa característica de las limitaciones permisibles a las libertades de expresión no impide otorgar contenido a dichas restricciones mediante previsiones legales o interpretaciones jurídicas que sean acordes con el interés general y que respeten dichas libertades.

Sobre las estaciones de radio y televisión se extiende un régimen de derecho público que subordina el interés privado al público. En el caso de medios de radiodifusión que aprovechan bienes del Estado (la abierta o por satélite) (espectro radioeléctrico), los concesionarios o permissionarios están sometidos a una relación de sujeción especial que justifica una regulación más estricta de su actividad. En el caso de radiodifusión mediante redes, la concesión es el título habilitante, da a los concesionarios obligaciones para soportar cargas derivadas del interés público.

En síntesis, la radiodifusión es una actividad sujeta a una especial regulación de derecho público que, si bien, puede ser prestada por particulares, está supeditada a limitaciones y cargas de orden público en las que aunque el medio puede ejercer su libertad de prensa, el ejercicio de su actividad debe ser plural y no monocromático. Su función, en el caso de la radiodifusión comercial, no es solamente de mercado, sino también de democracia.

IX. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA INEQUIDAD COMO PROBLEMA

Partamos de que el derecho a la libertad de expresión es susceptible de ser limitado. La cuestión no son las limitaciones *per se*, sino qué tipo de limitaciones, de manera que mejoren y no empeoren la vida democrática. La libertad de expresión en tal sentido es constituyente pero también instrumento de la democracia.

La propia disposición constitucional establece como límite la causación de un daño. La literatura examinada, los precedentes que aquí se han citado y el derecho comparado caminan en la dirección de ser particularmente cuidadosos de las restricciones buscando maximizar la libertad de expresión.

En el control judicial, los tribunales han acuñado técnicas por las que someten a una revisión estricta aquellas prácticas restrictivas a la libertad de expresión. La técnica de la revisión estricta ha sido adoptada ya en diversas resoluciones de los tribunales mexicanos, en particular el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En la mayoría de las constituciones democráticas y en las normas del derecho internacional para derechos humanos se establecen en forma expresa límites a la libertad de expresión, ya sea mediante una cláusula general de limitaciones (como en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades) o bien, mediante una catálogo de límites o restricciones (por ejemplo, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales).

Las limitaciones en el texto del artículo 6º constitucional son los ataques a “la moral”, los derechos de tercero, cuando se provoque algún delito o se perturbe “el orden público” (a éstas se agregan las establecidas en los artículos 3º y 130 de la Constitución).

En el tema de este estudio, la restricción ha sido justificada en la desigualdad en la contienda, por considerar que se privilegiaría a aquellos entes que tuviesen más recursos económicos. La restricción ha encontrado eco en personas de acreditado conocimiento y prestigio, entre ellos José Woldenberg (2008), quien recurre a la analogía siguiente:

Así como a nadie dejaría satisfecho una carrera de autos entre un Ferrari de Fórmula 1 y un Volkswagen de los llamados escarabajo, no es posible legitimar una elección donde uno de los competidores tenga ventajas abismales sobre el resto de los con-

tendientes. Y ello sucedía en México hasta 1996 [...] y se impidió que terceros pudieran irrumpir en las elecciones desequilibrando el terreno que tanto trabajo costaba emparejar.

Al respecto, Lorenzo Córdova (2008), distinguido especialista en derecho electoral, sostiene que: “En ese sentido, la prohibición de que se contrate por parte de terceros propaganda electoral a favor o en contra de partido o candidato alguno es una restricción válida a la luz de uno de los principios rectores de la contienda democrática: el de la equidad en la competencia”. Opiniones similares a las anteriores han sido sostenidas por distinguidos y respetados académicos y periodistas.²⁸ Llegado el análisis a este punto, es momento de profundizar en la igualdad en el proceso electoral.

En una interesante reflexión dice Aguilar Rivera (2008):

La equidad, en su sentido amplio, no es parte de la historia del gobierno representativo. Nunca se proclamó como un valor de esta forma de gobierno. No es difícil entender por qué. Equidad, según el diccionario de la Real Academia, quiere decir “igualdad de ánimo” y “propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley”. Si entendemos por equidad la “justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva” o peor aún “la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”, encontraremos que es prácticamente la antítesis del gobierno representativo. En efecto, los votantes requieren que los candidatos sean desiguales. Si los candi-

²⁸ Además de los citados, se han pronunciado a favor de la reforma, entre otros, Denise Dresser, Pedro Salazar, Carmen Aristegui, Pablo Larrañaga, Luis Ravigosa, Alejandro Madrazo, Miguel Ángel Granados Chapa y Raúl Trejo.

datos son indistinguibles entre sí los electores no podrían elegir a ninguno. De hecho, consideramos que muchas desigualdades constituyen un criterio perfectamente legítimo para preferir un candidato a otro: uno es más articulado o mejor orador que otro; aquel es más inteligente y propositivo, etcétera. Los electores elegirán a aquella persona que, a sus ojos, posea en mayor grado una cualidad inusual y socialmente apreciada. Sin embargo, esa cualidad no es fija y única: varía de sociedad a sociedad. Para ponerlo de manera provocadora, los ciudadanos son libres para determinar qué tipo de inequidad consideran valiosa, es decir, para determinar cuáles son las desigualdades que valoran positivamente y también para elegir cuáles, entre ellas, consideran un criterio apropiado para la selección de políticos. Una sociedad bien puede elegir como una cualidad deseable que los candidatos tengan buenas propuestas, asuman posiciones claras y tengan buenas ideas. Sin embargo, de manera igualmente legítima puede decidir que la cualidad relevante es la apariencia física, la oratoria o el sentido del humor.

Bien podría decirse que no es a tal cuestión a la que se refiere la litis, sino a la equidad para acceder al radio y la televisión. Al respecto es necesario recordar que el sistema electoral privilegia la provisión de fondos públicos para la campaña y admite que los ciudadanos puedan contribuir económicamente, excluyendo de esto último a las personas morales.

Resulta relevante en la ponderación de los principios de libertad de expresión vs. equidad, aclarar que el diseño institucional del proceso electoral es desigual antes y después de la reforma electoral analizada. Lo anterior, se sustenta en que sólo 30% del financiamiento público se distribuye de forma igualitaria entre los

distintos partidos políticos y 70% restante se distribuye según el porcentaje de la votación nacional emitida que hubiese obtenido cada partido político con representación en alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión en la elección de diputados por mayoría relativa inmediata anterior, para las actividades ordinarias permanentes. En el caso del financiamiento público para obtención del voto, se adiciona a cada partido 50% del monto obtenido para sus actividades permanentes o 30% si sólo se renueva la Cámara de Diputados (CPEUM artículo 41, f. I y Cofipe artículo 78). Por ello, la dinámica del proceso electoral parte de la desigualdad entre los diversos actores independientemente del financiamiento privado.

Es entonces el número de votos que cada partido obtenga en las elecciones, el factor determinante para el financiamiento y los tiempos en televisión. El financiamiento y el acceso a radio y televisión que los partidos tuvieron antes de la reforma se ilustra en el siguiente cuadro:

Cuadro 1.
Distribución del financiamiento ordinario a los partidos,
1997-2006 (en porcentajes)

| | 1997 | 1998-2000 | 2001-2003 | 2004-2006* |
|---------------------|------|-----------|-----------|------------|
| PAN | 25 | 26 | 28 | 28 |
| PRI | 42 | 33 | 31 | 31 |
| PRD | 19 | 24 | 13 | 18 |
| PT | 9 | 8 | 6 | 7 |
| PVEM | 2 | 9 | 8 | 10 |
| Convergencia | n.e. | n.e. | 5 | 7 |
| Total | 100 | 100 | 100 | 100 |

*En 2005 se otorgó el registro a dos nuevos partidos: Alternativa Socialdemócrata y Campesina y el Partido Nueva Alianza, cada uno de los cuales recibió 2% del total del financiamiento ordinario.

Fuente: (Murayama 2007).

Cuadro 2.
Gasto en medios de comunicación electrónica en las campañas de 2006

| Partido o coalición | Gasto en radio | Gasto en TV | Total de gasto en medios electrónicos (A) | Financiamiento público para campañas (B) | A/B en % |
|----------------------|--------------------|----------------------|---|--|-----------|
| PAN | 272,667.508 | 347,579.650 | 620,247.158 | 555,866.538 | 112 |
| Alianza por México | 154,255.799 | 487,817.896 | 642,073.695 | 804,073.224 | 80 |
| Por el bien de todos | 132,508.844 | 443,149.520 | 575,658.364 | 628,882.944 | 92 |
| PANAL | 19,276.488 | 71,974.763 | 91,251.251 | 39,776.454 | 229 |
| PASC | 9,390.745 | 35,351.322 | 44,742.067 | 39,776.454 | 112 |
| Total | 588,099.385 | 1'385,873.152 | 1'973,972.536 | 2'068,375.614 | 95 |

Fuente: (Murayama 2007).

Cuadro 3.
Spots de los partidos durante las campañas electorales de 2006

| Partido o coalición | Radio | | | Televisión | | |
|----------------------|-------------------------|----------------|------------------|-------------------------|----------------|------------------|
| | Monitoreados por el IFE | No acreditados | % no acreditados | Monitoreados por el IFE | No acreditados | % no acreditados |
| PAN | 209.559 | 68.031 | 32 | 39.989 | 7.809 | 20 |
| Alianza por México | 234.787 | 133.784 | 57 | 69.390 | 10.825 | 16 |
| Por el bien de todos | 132.068 | 37.395 | 28 | 33.077 | 10.384 | 31 |
| PANAL | 20.570 | 8.227 | 40 | 12.574 | 3.611 | 29 |
| PASC | 4.705 | 722 | 15 | 853 | 238 | 28 |
| Total | 601.689 | 248.159 | 41 | 155.883 | 32.867 | 21 |

Fuente: (Murayama 2007).

Después de la reforma constitucional, el IFE proporcionó la información de la distribución de acceso a medios que los partidos tuvieron en 2009 en estados sin elección local:

Cuadro 4.
Total de promocionales después de la reforma

| Partido o Coalición | DURACIÓN: 60 días TOTAL DE PROMOCIONALES DE 30 SEGUNDOS EN CADA ESTACIÓN DE RADIO O CANAL DE TELEVISIÓN: 4920 | | | | | Promocionales que le corresponde a cada partido político (A + C) | Promocionales aplicando la cláusula de maximización al 30% |
|--------------------------------------|---|---|---|--|--|--|--|
| | 1476 promocionales (30%) Se distribuyen de manera igualitaria entre el número de partidos contendientes (A) | Fracciones de promocionales sobrantes del 30% igualitario | Porcentaje correspondiente al 70% (resultados de la última Elección de Diputados Federales) | 3444 promocionales (70% Distribución Proporcional) % Fuerza Electoral de los partidos con Representación en el Congreso (C) | Fracciones de promocionales sobrantes del 70% proporcional | | |
| Partido Acción Nacional | 210 | 0.86 | 34.36 | 1183 | 0.2063 | 1393 | 1394 |
| Partido Revolucionario Institucional | 210 | 0.86 | 22.43 | 772 | 0.3210 | 982 | 983 |
| Partido de la Revolución Democrática | 210 | 0.86 | 18.52 | 637 | 0.6594 | 847 | 848 |
| Partido del Trabajo / Convergencia | 210 | 0.86 | 5.97 | 205 | 0.4680 | 205 | 205 |
| | | | 5.35 | 184 | 0.2127 | 184 | 184 |
| | | | | | | | |
| Partido Verde Ecologista de México | 210 | 0.86 | 6.60 | 227 | 0.3039 | 437 | 438 |
| Partido Nueva Alianza | 210 | 0.86 | 4.68 | 161 | 0.0699 | 371 | 372 |
| Partido Socialdemócrata | 210 | 0.86 | 2.11 | 72 | 0.7588 | 282 | 283 |
| TOTAL | 1470 | 6.00 | 100.00 | 3441 | 3.0000 | 4911 | 4918 |

Fuente: (IFE 2010).

Lo anterior da como resultado una desigualdad en los hablantes. Se trata de una desigualdad establecida constitucional y legalmente. Si el propósito del sistema fuese garantizar la equidad tendría que estructurarse bajo el principio de igualdad de armas, debiéndose otorgar entonces igual financiamiento para tener igual acceso a propaganda en radio y televisión.

La igualdad no es entonces un valor protegido constitucionalmente, ni para acceder en iguales condiciones al radio y la televisión ni para tener un financiamiento igual. Se está ante un valor disminuido en términos constitucionales. Así, la competencia sigue siendo entre ferraris y vochitos.²⁹

Procurando entender el centro de la preocupación y no banalizar el argumento de la equidad, entiendo que se enfoca a la participación de otros agentes distintos a los partidos políticos y de sus candidatos: es decir, los particulares sean ciudadanos (como el “Doctor Simi”), empresas (como Jumex), empresas televisoras o bien, organizaciones corporativas (como el CCE). Esto es, sujetos que alteran las reglas del juego partidario y que valiéndose de sus recursos económicos o de su posición, ingresan al proceso electoral por ejercicio de su influencia. Es respecto de éstos donde se justifica la restricción a la libertad de expresión pagada, para no alterar un proceso electoral que es de por sí desigual, paradójicamente, alegando la equidad.

Sostiene Cruz Parceró:

...seguramente [...] grupos empresariales tienen no sólo la capacidad económica, sino interés en difundir opiniones a favor o en contra de partidos y candidatos. Este interés individual (tanto de algunos ciudadanos como de corporaciones) serviría para justificar una parte del pretendido derecho que se alega, pero faltaría ver qué servicio o qué utilidad pública tendría este tipo de acceso a contratar publicidad. Pienso que es aquí donde es difícil comprender cómo el uso de mensajes promocionales podría ser útil a la discusión de ideas, cómo serviría esto a la democracia, cómo

²⁹ Podría decirse que no se trata de una cuestión de igualdad sino de equidad y que el financiamiento dispar lo mismo que el *quantum* diverso de acceso a medios obedece a la votación que reciben: a mayor votación mayores recursos. Si los electores deciden, hay desigualdad pero sí hay equidad. Sobre esta base, la competencia entre ferraris y vochitos sería desigual pero equitativa.

se podría justificar un acceso totalmente inequitativo a este tipo de medios, ya que sólo aquellos que tienen un poder económico grande pueden de hecho afrontar gastos de esta naturaleza; por qué pensar que este tipo de promocionales —cuando suelen estar diseñados bajo criterios de eficiencia de la mercadotecnia— contribuyen a un debate democrático libre de manipulación (Cruz Parceró 2008, 205).

Por tal razón, considera que al no ser la libertad de expresión un derecho absoluto, se está ante una restricción justificada:

En el caso de las restricciones del artículo 41 afectan a los ciudadanos o a las asociaciones de ciudadanos mexicanos (incluidos partidos políticos) que quieran contratar espacios publicitarios en radio y televisión. El amplio margen de libertad que tenemos los ciudadanos de expresarnos en asuntos políticos no es afectado de manera significativa en la medida en que nuestra libertad de prensa no se ve afectada; nuestro derecho de acceso a los medios masivos como la radio o la televisión tampoco es afectado de manera significativa. Nuestra libertad de contratar propaganda política en tiempos electorales es la que se ve mermada [...] (Cruz Parceró 2008, 201).

Agregando a continuación:

Convendría pues preguntarse si la meta que el legislador pretende alcanzar en este caso justifica que se imponga una restricción semejante a la libertad de expresión. ¿Es justificable que en aras de conseguir una competencia electoral más equitativa y que proteja la libertad del voto de los ciudadanos, a través de asegurar un voto informado y una contienda electoral propositiva, sin campañas negativas, se restrinja a los ciudadanos la libertad de contratar promocionales en la radio

y televisión, para pronunciarse a favor o en contra de algún candidato? (Cruz Parceró 2008, 202).

En el mismo sentido se pronuncia Lorenzo Córdova (2008):

Por otra parte, debe insistirse en algo: nadie les impide a quienes hoy tienen posibilidad de gastar cantidades ingentes de dinero en contratar publicidad, tratando de incidir por esa vía en la voluntad de los demás ciudadanos, que ejerzan su libertad de opinar (como cualquier otro ciudadano) expresándose en las calles, escribiendo en los medios, dando entrevistas, participando en debates públicos, etcétera. Lo único que ya no podrán hacer es comprar espacios en radio y tv (uno de los múltiples canales —y de hecho el que menos debería importar en la democracia— para expresar sus ideas). Desde esa óptica, lo que se restringe, más que la libertad de expresión, es la libertad o capacidad de contratación, subordinando así a un principio democrático un derecho patrimonial.

La equidad es un problema en el proceso electoral que no debe ser soslayado, sino que por el contrario debe ser enfrentado (la diferencia con ellos es la forma), se considera que la presencia de grupos de interés económicamente poderosos puede ser nociva para la democracia (inclusivo he afirmado que las personas morales distintas —salvo los partidos y agrupaciones políticas— carecen del derecho a la libertad de expresión en materia política, aunque parecen aceptar que sí la tienen). Precisados dichos aspectos las cuestiones restantes que se derivan de los comentarios citados son las siguientes:

- Lo que se restringe es la libertad de contratación más que la libertad de expresión (Córdova y Cruz Parceró 2008).
- La restricción anterior no afecta la libertad de expresión, ya que pueden expresarse como cualquier otro ciudadano en

plazas, periódicos y otros medios (Córdova 2008), o al menos no se afecta de manera significativa (Cruz Parceró 2008).

- El acceso al radio y televisión es uno de los varios medios posibles y es el que menos debería importar (Córdova 2008).
- No se afecta significativamente el derecho de acceder al radio y la televisión, ya que por los altos costos solamente pueden hacerlo quienes cuenten con recursos económicos (Cruz Parceró 2008).

Sintetizados los aspectos que se argumentan como justificación y esperando no alterar el sentido de sus razones procederé a su análisis.³⁰

X. LA PERTINENCIA DE LAS LIMITACIONES. LA ANATOMÍA DE LA PROHIBICIÓN

En los apartados anteriores se han enunciado ya algunos de los aspectos problemáticos relacionados con el diseño constitucional así como los argumentos que la apoyan. Nos ocuparemos en las siguientes líneas de la construcción de la prohibición y de sus efectos en el ejercicio de los derechos y de la democracia.

LOS HABLANTES

De un universo posible de hablantes, solamente los partidos políticos pueden contratar o adquirir tiempos. Son excluidos el resto de posibles hablantes, en particular aquellos que debieran ser los

³⁰ Debo expresar que tanto a Juan Antonio Cruz Parceró y a Lorenzo Córdova, así como a quienes comparten su postura, les guardo aprecio y respeto personal e intelectual; sin embargo y pese a que hemos compartido puntos de vista respecto a diversas cuestiones de la realidad nacional, en esta ocasión diferimos. Espero que la disidencia expresada en términos argumentales sirva para enriquecer el debate y encontrar mejores vías para, en este caso, contribuir a la democracia.

soberanos en la democracia: los ciudadanos. Además son excluidos otro tipo de organizaciones creadas para la política, como las agrupaciones ciudadanas, y el resto de sujetos interesados (empresas, iglesias, sindicatos, asociaciones civiles, etcétera).

El resultado es que alguien gana y el resto pierde, se limitan las voces. Se privilegia la voz de los partidos políticos y de sus candidatos. Dice Federico Reyes Heróles (2007), el ciudadano tiene un derecho disminuido. Abdicación de los derechos políticos le llama Federico Estévez (2007, 68).

Como se ha afirmado en este trabajo se justifica que las corporaciones no sean titulares de la libertad de expresión política, sin embargo no así los ciudadanos independientemente de cuál sea su posición económica (el argumento de excluir a los ricos excluye también a los pobres). Además, la solución impide distinguir cuestiones separables: el derecho a la libertad de expresión con los costos para acceder al medio en el que se divulga.

LA BARRERA

El establecimiento de la barrera es el tipo de actividad y el acto jurídico: propaganda dirigida a influir en las preferencias o en apoyo o en contra de partidos y candidatos, así como que sea contratándola o adquiriéndola.

De acuerdo con lo anterior, se excluye de la prohibición todo aquello que no sea propaganda, o bien, que no sea contratación o adquisición. El mismo concepto de propaganda es discutible. Si lo que constituye la propaganda es la reiteración del mensaje, un solo mensaje (en la final del fútbol) no lo sería; si es cualquier mensaje atendiendo a su contenido y no a su forma de contratación o su reiteración, un anuncio comercial podría ser interpretado como propaganda. En las elecciones pasadas podemos encontrar ejemplos que difícilmente encuadran con exactitud en la prohibición:

1. Anuncio comercial de Jumex y Sabritas.
2. Declaración del personaje estelar de “La fea más bella”.
3. Expresión de un personaje en “La parodia”.
4. Entrevista en la transmisión de un partido de futbol a un candidato.

Por supuesto todo es cuestión de prueba, pero, en principio, es previsible la controversia y al menos en el caso de Jumex³¹ y de

³¹ El *spot* del Grupo Jumex S.A. de C.V. mostraba una imagen con fondo azul ultramar claro y letras blancas: “JUMEX, toma jugo de frutas”; al tiempo que una voz masculina *en off* dice: “Este 2 de julio sólo queremos que hagas una cosa”; en la siguiente toma entra a cuadro la parte inferior de un popote que succiona del nombre de la marca mencionada las letras *J, U, M* y *E*, dejando sólo la letra *X*, al tiempo que la voz *en off* dice “vota”. Al final del corto, sólo queda la letra *X* y debajo la palabra *vota*, todo en caracteres de color blanco sobre un fondo azul. En el último cuadro se aprecia la leyenda “JUMEX, por calidad el jugo de toda la vida”, en letras blancas sobre el mismo fondo azul. Los colores y los efectos del anuncio siguen el mismo patrón de la propaganda del PAN y su candidato a la presidencia de la República.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió

Del análisis del material videográfico reseñado, se concluye que no existe una relación lógica, evidente o necesaria entre el video promocional de la marca JUMEX y la propaganda electoral del PAN. Si bien existen elementos similares tales como los colores empleados en la realización de ambos promocionales (las letras blancas en fondo azul) lo cierto es que de ello no puede derivarse lógicamente y exclusivamente que hay identidad entre el promocional comercial y la campaña política de dicho instituto; en cualquier caso es un hecho notorio que los colores que ordinariamente caracterizan a la marca en cuestión son el blanco y el azul; además, dicho promocional, contiene otros elementos (auditivos y gráficos) que actúan como diferenciadores y también deben ser valorados (la propia marca comercial), y en los cuales no puede apreciarse una referencia directa o velada al instituto político mencionado. No está acreditada la contratación por terceros de propaganda en radio y televisión a favor o en contra de algún partido político o candidato; además, tampoco esa circunstancia está evidenciada pues, como ya se mencionó, es insuficiente la similitud en los colores empleados para derivar de ello una expresión a favor o en contra de una determinada fuerza política. No puede inferirse válidamente

Demetrio Sodi,³² el Tribunal consideró que no se configuraban prácticas indebidas.

que por el uso de esos colores se entiende que existe una inducción al voto a favor de determinado partido (TEPJF 2006, 70).

³² El 23 de mayo de 2009, en el estadio de Ciudad Universitaria, durante un partido de fútbol entre los equipos Pumas de la Universidad y Puebla, fue transmitida por el canal Canal 2 XEW-TV, concesionado a la empresa Televimex S.A. de C.V. la conversación entre un reportero y el candidato del Partido Acción Nacional a jefe de la Delegación Miguel Hidalgo.

El Instituto Federal Electoral en la Resolución CG313/2009, de su Consejo General, determinó que lo manifestado por el candidato Demetrio Sodi de la Tijera en la entrevista sí constituye propaganda electoral, sin embargo, no está probado que existiera un acuerdo previo de voluntades para hacer la entrevista con ese contenido. Se trata de una entrevista practicada en ejercicio de la libertad de expresión (del entrevistado) y de la libertad de información y de ejercicio de la actividad periodística (de la audiencia y del medio de comunicación), por lo que no se infringe la prohibición del artículo 41, base III, párrafo segundo, de la Constitución. Además, que no se vulnera el principio de equidad, pues los demás candidatos también tuvieron acceso a los medios de comunicación.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver los expedientes SUP-RAP-234/2009, SUP-RAP-239/2009, SUP-RAP-240/2009, SUP-RAP-243/2009 y SUP-RAP-251/2009, resolvió que no asiste razón a los actores, porque la prohibición prevista en el precepto constitucional citado no comprende las manifestaciones que se realizan a través del ejercicio de la libertad de expresión e información de los medios de comunicación electrónica.

Dice el Tribunal que la interpretación “sistemática y funcional” del artículo 41, base III, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución, con el reconocimiento de la libertad de expresión e información, previsto en el artículo 6º de la propia Ley Fundamental, conduce a la conclusión de que el objeto de la prohibición constitucional no comprende los tiempos de radio y televisión, que se empleen para la difusión de las distintas manifestaciones periodísticas “auténticas”, por parte de esos medios de comunicación.

Las pruebas que obran en autos, valoradas individualmente y luego en forma adminiculada, demuestran hechos que, relacionados entre sí, conforman una secuencia lógica y natural, que lleva a una narración coherente y consistente respecto a que antes del partido de fútbol, Sodi de la Tijera fue invitado por Televisa, para participar en la transmisión del partido; el candidato aceptó la invitación y la difundió por medio de una publicación en su página web y de comunicados enviados a periodistas; al llegar al estadio los comentaristas de Televisa propusieron al candidato participar en una “entrevista”, en lugar de narrar el juego, según era la propuesta original; la “entrevista” fue transmitida en vivo, durante el

El acto jurídico prohibido (contrato o adquisición) es amplio y no prohíbe solamente aquellos que sean onerosos, puede ser una donación (es contrato y gratuito, por ejemplo), pero no excluye cuestiones que pueden ser simulaciones (contrato de anuncio comercial y no de propaganda política), acuerdos no documentados, acuerdos implícitos de pagos en otra forma (tiempo en televisión y radio a cambio de curules, entre otros).

Lo anterior evidencia que la barrera puede ser burlada de diversas maneras por empresas politizadas, o por las propias empresas televisoras con argumentos que pueden ser más difíciles de controlar (libertad de expresión artística, derecho a la crítica o libertad de prensa). Asimismo, la prohibición puede ser un incentivo a realizar “pagos” por medios diversos a los económicos si partimos del supuesto de que a las empresas y a los grupos de interés no los mueve la bondad, la caridad o el altruismo, sino sus intereses. El *quid pro quo* es consustancial a la naturaleza humana y más a la actividad de entidades que están hechas para la maximización de sus beneficios.

Argumentar que lo que se limita es la capacidad para contratar y no la libertad de expresión es confundir el medio con el fin. El acto de contratar es instrumental a determinado fin: adquirir un bien o servicio para expresarse. Contratar no es una finalidad en sí. Aun cuando la idea se exprese en la plaza pública o en un periódico o en internet, se requiere contratar y asumir costos (por ejemplo, equipo de sonido, una inserción pagada, la adquisición de un sitio web, incluso en el caso de espacios “gratuitos”, hay formas de pago y contratación: se paga en datos personales, en información de contactos, etcétera).

desarrollo del partido de fútbol, en un recuadro que se abrió en la pantalla y que el candidato ignoraba el momento en que se difundiría.

Esta resolución muestra la facilidad con la que puede ser esquivada la prohibición del artículo 41. La candidez de la resolución del Tribunal es un buen complemento de un mal diseño normativo (¡goll!, dirían los entendedores).

Precisamente porque la contratación es un acto instrumental de la libertad de expresión, la protección constitucional debe ser de esto y no de su libertad de contratación. Es decir, la protección constitucional debe ser *intuitio personae*, sólo para el efecto de que la persona que goza del derecho se exprese, no para que se tutele su libertad de contratar, misma que como derecho patrimonial podría ser subrogada o comercializada.

EL MEDIO DE EXPRESIÓN: AL RADIO Y LA TELEVISIÓN

El argumento de que la restricción al radio y la televisión no afecta o afecta mínimamente la libertad de expresión, en vista de que estos medios debieran ser los menos relevantes y que se puede acudir a la plaza pública o a los periódicos, se considera débil y nada realista.

Parece una obviedad afirmar que quien emite un mensaje desea que el mismo sea eficaz (que logre su propósito) y para ello busca transmitirlo por el medio que sea más eficiente y que esté a su alcance. También resulta una obviedad que actualmente son el radio y la televisión, en particular esta última, las que pueden cumplir tal función (*homo videns*, Sartori *dixit*). Tal eficacia comunicativa no tiene sustituto en la plaza pública o incluso en los diarios; y dadas las actuales reglas, tiene acceso quien pueda pagarla.

Independientemente de nuestras preferencias (por ejemplo, me parece que el mejor escenario para expresar las ideas y debatirlas es la plaza pública o un auditorio, como en la *polis* griega), lo cierto es que es en radio y televisión donde se finca la mayor atención para divulgar propaganda política y es a donde se canalizan los mayores recursos. Según los informes del IFE, en las campañas de 2006, los partidos destinaron 95% de los 2,068 millones de pesos de financiamiento público que recibieron para gastos de campaña, específicamente para la compra de anuncios de radio y televisión (Murayama 2009, 7). De esta suerte, la restricción a los ciudadanos para expresarse por este medio es cuantitativa y cualitativamente

muy relevante. La discusión no es sólo acerca del derecho de expresión formal sino del derecho de expresión eficaz.

LOS COSTOS

La justificación para establecer la prohibición parte de que aquellos con mayores recursos tendrían una mayor voz. Es posible que así suceda. Sin embargo, no es suficiente terminar el tema con la aceptación del argumento.

En efecto, los costos pueden ser altos dependiendo del medio, la cobertura, el horario y otros factores; es posible que las tarifas sean accesibles a personas de menos recursos. Precisados los costos resulta evidente que los mismos son una restricción al acceso. El grado de penetración, el medio y el poder económico del adquirente son relevantes. Si lo que tenemos enfrente es un problema de costos, entonces requiere ser tratado como eso, como una cuestión económica y regularla como tal, de manera que no sea un impedimento para limitar la libertad de expresión y no genere o al menos atempere la desigualdad.

Sostiene Aguilar Rivera (2008, 12):

...Un rico, como el Dr. Simi podría usar su propia fortuna para darse a conocer, pero un ciudadano común y corriente no podría hacerlo porque volverse famoso cuesta mucho dinero. A diferencia de los tres primeros factores que hacen a las contiendas electorales intrínsecamente inequitativas, esta variable —el costo de diseminar información— puede ser modificada: es posible controlar el peso del dinero a través de campañas pagadas por el erario. También se pueden imponer límites a los gastos de campaña. Pero no confundamos la desventaja indebida que proporciona el dinero con la inequidad en sí misma. No son la misma cosa. La riqueza proporciona una

ventaja indebida. ¿Por qué? La razón es que si la ventaja que disfrutaban los candidatos adinerados deriva del costo de diseminar información, entonces la superioridad en riqueza otorga poder por *sí misma* y no porque los votantes hayan elegido a la fortuna como un criterio válido de selección de políticos. Combatir la inequidad *per se* es un error, no sólo porque éste es un propósito mucho más ambicioso que combatir el efecto del dinero, sino porque ignora que la inequidad es inherente a la elección. Quiénes se preocupan por las condiciones en que se llevan a cabo las elecciones en México tienen un punto válido: quien tiene dinero puede diseminar más ampliamente sus ideas y ello confiere una ventaja indebida. El problema es cómo contrarrestarla. Pero nótese que, visto de esta manera, el objetivo de la regulación es más modesto: no se trata de combatir la inequidad —cosa improbable— en las contiendas electorales, sino de moderar el efecto del dinero en ellas. El problema, como algunos han apuntado, tiene que ver con la estructura de mercado de los medios de comunicación. El precio debería dejar de ser una barrera.

Es importante precisar que realmente la prohibición va más allá de la adquisición onerosa de propaganda política, incluye también la contratación o adquisición gratuita (cualquier tipo de contrato o adquisición, la donación es un contrato a título gratuito).

En el caso de adquisición onerosa, me parece que Aguilar Rivera apunta al *quid* del asunto: cómo el precio debería dejar de ser una barrera.

En conclusión, la prohibición presenta los siguientes problemas:

- a) Sacrifica la libertad de expresión por preservar la igualdad que es un derecho disminuido según el régimen electoral.
- b) Es una barrera que presenta diversas formas de ser burlada.

- c) La prohibición tiene efectos perversos para simular pago y crear formas más difíciles de controlar, además incentiva la participación directa de las empresas en política activa.
- d) La prohibición no elimina la desigualdad. Los grupos de interés buscarán y encontrarán la manera de expresar sus simpatías o antipatías electorales.
- e) Incrementa el poder de los partidos y disminuye el de los ciudadanos.

En conclusión, la reforma empeora y no mejora la democracia como fin último donde la libertad de expresión y la igualdad son instrumentales. La prohibición va contra un bien de mayor valía. Es la Constitución contra sí misma.

XI. ¿QUÉ HACER?

La prohibición sacrifica injustificadamente la libertad de expresión. Se piensa que debe favorecerse en mayor medida la libertad de expresión, y agrego, considerando la equidad cuando ésta sea condición para garantizar la libertad de expresión. Cuando, como en el caso que nos ocupa, existen actores interesados que aprovechándose de su poder económico o del manejo de medios se partidizan.

Es posible encontrar una mejor manera de proteger la equidad sin sacrificar la libertad de expresión, o dicho a la inversa, garantizar la libertad de expresión sin afectar la equidad. Cuando hay derechos en tensión, la Corte mexicana ha señalado que debe examinarse la proporcionalidad y ponderarse los bienes jurídicos en disputa.

El siguiente problema es determinar cuáles son las condiciones de tales restricciones. Al respecto, es ilustrativa la jurisprudencia de la

Suprema Corte relativa a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la valoración de la constitucionalidad de las normas:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados (SCJN DVD IUS 2010).

A la anterior se agrega la resolución del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, pues establece criterios que contribuyen a formar un estándar útil para valorar las restricciones justificadas a la libertad.

PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELA-

TIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO.

La litis en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina

una regulación; b) Necesidad. La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no pueda alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio (SCJN DVD IUS 2010).

Las resoluciones anteriores consideran que la definición de la constitucionalidad de la restricción es válida si es admisible (si es conforme a la Constitución); si es necesaria (debe ser idónea, óptima e indispensable para conseguir ese objetivo); y si es proporcional (en la medida que corresponda con el objetivo perseguido,

con el daño causado en otros derechos o intereses, de manera que se derive un resultado positivo, un óptimo posible para el caso.

Si hacemos una analogía con la libertad de expresión y la equidad, el conflicto constitucional requiere considerar cada una de ellas de cara a la democracia y si en el diseño constitucional podría lograrse tal resultado teniendo una mejor solución.

Si el núcleo de la libertad de expresión política se localiza en la libertad de los hablantes y el derecho de los oyentes a la pluralidad de voces, la pregunta es si tales regulaciones incrementan el debate público o lo restringen. La prohibición limita a los oradores. La libertad política se expresa en su capacidad de permitir diferentes voces legitimadas (las de los ciudadanos lo son) e incluso obligar al Estado a intervenir para garantizar tal libertad. Ambas son complementarias (Fiss 2010, 13).

En cuanto a la necesidad de la prohibición, Estévez (2007, 68-72) ha hecho notar los inconvenientes que cuestionan la idoneidad de la misma: su aplicación en precampañas, limitando la posibilidad de los políticos para que el electorado reconozca su nombre, la restricción se aplica de forma permanente y no solamente en campañas electorales, lo que no resulta necesario o indispensable y es desproporcional.³³

Reconozcamos la desigualdad y propongámonos enfrentarla, lo anterior implica, como lo hace Fiss (2010), abordar la libertad de expresión a partir de un enfoque estructural. En el prólogo de Fiss, Gargarella establece lo siguiente:

[...] porque la protección de la autonomía a secas producirá un debate que tendrá la impronta de aquellas fuerzas que dominan la estructura social. En una sociedad capitalista, la protección de la autonomía producirá en general, un debate público dominado por quienes son económicamente poderosos. Eso es así porque incluso un mercado que funcione

³³ Algunos de estos aspectos los desarrolla en Estévez 2007 y se pudieron ampliar en conversación personal.

eficientemente no asegura que todas las voces sean oídas, sino aquellas que son defendidas por los ricos o por quienes pueden confeccionar un producto que atraiga suficientes anunciantes o suscriptores para mantener la empresa.

El enfoque estructural se aparta de la tradición del libre mercado de las ideas en tanto advierte que, dado el desarrollo de las comunicaciones, ya no es posible identificar al policía con el mal y al ciudadano con el bien, puesto que la robustez del debate público puede ser amenazado tan fácilmente por un privado —los medios de comunicación tienen el enorme poder de decidir qué emitir y qué desplazar— como por un organismo del Estado (Fiss 2010, 13).³⁴

La situación de hecho descrita y la relevancia que tiene la libertad de expresión para una sociedad democrática, da la base para establecer condiciones a los medios de comunicación para hacerlo posible:

En 1969, cuando la idea de la libertad política implícita en “Sullivan” dominaba plenamente, en la decisión del caso “Red Lion Broadcasting vs FCC”, la Corte convalidó unánimemente una iniciativa de la FCC para poner un freno a la censura de la equidad. “Según esa doctrina, los comunicadores debían cubrir los asuntos de importancia pública de manera equilibrada e imparcial. Además, a los candidatos electorales había que darles la oportunidad para responder a editoriales y, a los individuos que pudieran verse atacados personalmente en un programa, el derecho de réplica. Al convalidar la doctrina de la equidad del FCC, la Corte Suprema dejó de focalizarse en los oradores

³⁴ El papel de los medios de comunicación en la democracia es central, son por supuesto poderes. En tal medida pueden ser aliados o contrapeso de los partidos.

—que, en este caso, eran los medios de comunicación— y pasó a hacerlo en los oyentes. Con esto se pretendía que los ciudadanos tuvieran a su disposición todas las voces.

[...]

La afirmación de Black del deber de proteger el debate público representa el reconocimiento más pleno de los imperativos latentes en la idea de la libertad política y descansa en dos proposiciones. En primer lugar, que los actores privados —p. ej. El provocador en una multitud— puede amenazar el debate público tanto como los actores estatales. En segundo lugar, que el Estado a veces puede ser el único poder en una sociedad capaz de contener estas fuerzas. Ninguna de las proposiciones niega que el poder del Estado podría ser utilizado con el propósito de suprimir el debate público. Más bien reflejan la creencia de que el efecto en el debate público de la censura de los llamados actores privados —no sólo el provocador, sino los gerentes de los medios de comunicación o los económicamente poderosos— no es cualitativamente diferente de la censura estatal, y que la amenaza que ambas significan para la democracia a veces podía justificar la expansión de la autoridad regulativa del Estado (Fiss 2010, 39 y 42).

La solución adoptada en nuestro país (la prohibición de contratación) tiene los problemas anotados por Aguilar Rivera (2008) y Fiss (2010) y sacrifica el debate público. Sin embargo, la solución a los problemas anotados tiene que caminar por la vía de no afectar la libertad de expresión y procurar la equidad evitando que el costo sea un problema.

Como se ha expuesto, el conflicto intraconstitucional es materia de una apreciación sistemática. El dilema que se plantea al decisor requiere también un enfoque estratégico que busque la

mejor respuesta.³⁵ Antes de dar paso a una posible mejor solución, creo que es necesario repasar algunos aspectos adicionales del problema.

Aun cuando se considera, al menos en este trabajo, que de los sujetos incluidos en la prohibición, solamente los ciudadanos, los partidos y las agrupaciones políticas tienen el derecho a la libertad de expresión política, no puede desconocerse que de hecho es posible que los grupos de interés se expresen o tomen posiciones políticas acudiendo a cualquiera de las posibles prácticas descritas en este texto u otras nuevas para burlar la prohibición. Lo relevante es el mensaje político que puedan expresar.

Otra cuestión relevante es que el tipo de mensaje puede ser diverso: de apoyo o cuestionamiento a un candidato o partido político, puede ser formulado de manera respetuosa o ser propaganda negra.

Independientemente de que la emisión y propaganda pueda considerarse como ilegal, la emisión de mensajes puede provocar daños a los partidos y candidatos participantes, pero también afectar al proceso electoral y a la democracia. Así pues, quienes contraten o adquieran propaganda política y las empresas o entidades permisionarias o concesionarias de radio y televisión se colocan en una posición en la que pueden causar daños, o bien, existe el riesgo de que la causen. Estas últimas cuestiones, el daño y el riesgo, son conceptos útiles para la construcción de una mejor solución al tema de los costos y la desigualdad.

Es posible encontrar soluciones no restrictivas e igualitarias. Una vía es la ya prevista en el artículo 6º constitucional y otra vez, paradójicamente menospreciada: el derecho de réplica, siempre y cuando sea eficaz.

³⁵ Un profundo análisis de la relación entre el pensamiento estratégico y el derecho se encuentra en Barragán 2009.

XII. EL DERECHO DE RÉPLICA

El peligro que buscaba evitar la prohibición, no fue que hubiese desigualdad en la propaganda de los partidos políticos (ésta, por el contrario, es aceptada por la Constitución), sino que hubiese mensajes de sujetos distintos a los partidos políticos que dañaran o pusiesen en riesgo las condiciones de equidad del proceso electoral.

Tenemos entonces que hay un bien protegido jurídicamente (las condiciones de equidad de un proceso electoral) que puede ser dañado o puesto en riesgo por mensajes de particulares en radio y televisión.

La solución a tal problema de equidad y por tanto para evitar el daño o riesgo, fue establecer una prohibición *ex ante*. Lo anterior debido a la barrera de los costos. Suponiendo que dicha barrera no existiera; que, por ejemplo el acceso fuese libre, equitativo y gratuito, no hubiese habido necesidad de tal restricción. Esto último puede conseguirse con el derecho de réplica, ya establecido constitucionalmente.

Tal derecho de réplica debe ser entendido de conformidad con los propósitos del proceso electoral y la democracia. De manera que si cualquier sujeto emite un mensaje de apoyo o ataque a una opción política, ésta o éstas tienen el derecho a replicarlo. El derecho de réplica debería cubrir los supuestos de mensajes lícitos o ilícitos de la misma manera que cualquier persona responde por aquellos daños que cause, sean ilícitos, imprudenciales o por riesgo. Independientemente de los daños o responsabilidades penales, civiles o administrativas, una de las posibles consecuencias es dejar indemne el daño al proceso político. Quien dañe o ponga en riesgo los valores del proceso electoral debe asumir sus costos, sean los contratantes o adquirentes de la propaganda o el concesionario o permisionario de radio o televisión.

La réplica es un derecho de respuesta, en condiciones de igualdad, incrementa el debate público y... sin costo. Imaginemos lo

siguiente: el propietario de un automóvil (particular, taxi o cualquier otro), lo usa, se aprovecha de él y responde por el riesgo y por los daños que causa. Es posible que lo preste a otra persona y ella cause un daño. La obligación de hacer frente a los daños causados es del propietario: responde por el daño, sea por culpa o por riesgo. Los juristas hemos construido sofisticadas teorías sobre la responsabilidad objetiva que justifican lo anterior.

¿Qué distingue al dueño de un automóvil de quien opera un medio de comunicación cuando ambos causan daño o se colocan en situaciones de riesgo? El operador de los medios de comunicación es responsable por su uso, si pone en riesgo o daña un bien que es considerado como valioso, en este caso, el proceso democrático.

A diferencia de la responsabilidad del propietario del automóvil en el que se controvierten derechos privados donde tendría que esperarse una sentencia condenatoria de un juez para hacer efectiva la reparación del daño, en el caso de los daños o riesgos al proceso electoral y a la democracia —independientemente del interés de los partidos o candidatos— se está ante un interés público que funda la actuación directa del IFE para corregir el problema y actuar de inmediato, sin mediación del juez. Sin perjuicio del control posterior por el Tribunal electoral.

Caminar por la vía del derecho de réplica tiene sus dificultades y es una solución a contracorriente. El TEPJF a pesar de que ha reconocido que un componente de la libertad de expresión es el derecho de rectificación o respuesta. Sin embargo, no aplica para el caso de los *spots* (Sentencia SUP-RAP-31/2006). Aunque lo anterior resulta razonable en el caso de *spots* de otros partidos políticos, no así en el caso de mensajes políticos de otros actores.

La cuestión, como es evidente, requiere ser examinada de nuevo. El criterio anterior no ayuda a la solución del problema. Podría pensarse que las empresas televisoras no son responsables de lo que sus anunciantes expongan en el tiempo que adquieren y que lo hacen en ejercicio de su libertad de expresión. Lo anterior re-

quiere también ser examinado con mayor detenimiento. Lo cual no se considera que los libere de responsabilidad.

La responsabilidad de los medios de comunicación por daños causados por su actividad tiende a profundizarse. En la sentencia 583.00.2006.187129-8 la Cámara Civil XIII del Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais del proceso Rubens Barricello vs. Google do Brasil, resolvió la demanda de daño moral ocasionado por una persona anónima que subió material ofensivo a la página de internet Blogspot que controla Google do Brasil. La empresa señala que ella no es responsable por los actos de sus usuarios.

El Tribunal determinó que Google do Brasil es culpable por responsabilidad civil objetiva, ya que la empresa debería tener un control adecuado de lo que permite subir. Argumentó además que, por este servicio, Google obtiene beneficios y por lo tanto, “sería una tontería no culparlo por su propio riesgo”. Incluso si se quisiera recurrir al principio de libertad de expresión, el anonimato no se incluye (Jurisprudencia sobre Internet 2009).

En un caso reciente, la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana resolvió por mayoría de tres votos conceder el amparo al periódico *Reforma*, el cual fue demandado en juicio de responsabilidad civil por haber publicado una esquela en la que se anunciaba la muerte de una persona por VIH, sin ser cierta dicha información. En dicha sentencia se afirma que:

[...] el medio de comunicación debe adoptar las medidas preventivas mínimas necesarias para que existan las condiciones para hacer valer la defensa de otros derechos —los límites fijados por el artículo 7° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública—. Ello le permite quedar libre del riesgo de tener que asumir eventuales responsabilidades por esas informaciones. Si el medio de comunicación actúa con

total despreocupación respecto de la identidad del contratante y la correspondencia sustantiva del texto publicado con el presentado por el particular, podrán dirigirse contra él los correspondientes cargos de responsabilidad por las informaciones o expresiones publicadas (SCJN DVD IUS 2010).

Como ya se dijo, los permisionarios y concesionarios actúan por derechos creados por la habilitación administrativa pero que corresponden a una titularidad pública y están sometidos al interés general.

La cuestión de la responsabilidad es central y debe ser examinada. En mi opinión sí hay responsabilidad y por tanto, deben soportar las cargas que impone una sociedad democrática. La responsabilidad surge del daño que causan al proceso democrático y al riesgo en que se colocan al operar un medio de comunicación.

En una implementación de este tipo de soluciones, requieren de una efectiva solución *ex post* y un organismo garante (IFE) sólido, fuerte y eficaz para hacer efectivo el derecho de réplica. Asimismo, se requiere un Tribunal Electoral más perspicaz.

En cuanto a los costos, es posible que se incrementen para el anunciante, contratante o adquirente del mismo. En la medida en que el derecho de réplica es una “amenaza” creíble que requerirá de tiempo aire en las mismas condiciones que la del anunciante, contratante o adquirente y que no puede cobrarse al replicante, los costos se trasladarán a los primeros. De manera que si un particular quiere gastar su dinero en un mensaje político estaría pagando los costos de su o de sus replicantes.

XIII. CONCLUSIONES

El conflicto constitucional resulta evidente. Las soluciones son: abierta deliberación o expresión de los intereses mediante un

mercado negro. El juez constitucional tiene ante sí un problema trascendente y puede decidir ignorando el conflicto o enfrentándolo. Si se decide por esto último, tiene que sopesar las reglas, principios y valores en la balanza. No es juez Hércules quien valiéndose de su propia fuerza carga al mundo sobre sus espaldas (Ost 1993, 169-94), sino un juez Arquímedes “dame un punto de apoyo y moveré el mundo”; el juez constitucional tiene su punto de apoyo en la propia Constitución (artículo 6º). La tarea del Tribunal trasciende el ejercicio de la filología, se trata de la definición de las reglas para, en palabras de Fiss, la indócil política (2010, 75).

XIV. FUENTES CONSULTADAS

- Aguilar Rivera, José Antonio. 2008. “¿Equidad?”. *Nexos* (septiembre): 10-2. México.
- Arballo, Gustavo. Saber leyes no es saber derecho. <http://www.saberderecho.com/2010/02/citizens-united-sin-limites-la.html> (consultada el 30 de mayo de 2010).
- Barragán, Julia. 2009. *Estrategias y derecho*. México: ITAM/Miguel Ángel Porrúa.
- Bobbio, Norberto. 2005. *El futuro de la democracia*. México: FCE.
- Buckley vs. Valeo, 424 U.S. (1976). Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=volpage&court=us&vol=424&page=26> (consultada el 29 de abril de 2011).
- Cajas, Mario. 2008. *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia 1910-2007*. Cali: ICESI.
- Carbonell, Miguel. 2004. *Los Derechos fundamentales en México*. México: III/Comisión Nacional de los Derechos Humanos/UNAM.
- Citizen United vs. Federal Election Commission. Disponible en <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf> (consultada el 29 de abril de 2011).

- Cofipe. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultada el 31 de marzo de 2011).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2002. Libertad de expresión y pobreza. En *Capítulo IV, Informe anual de la relatoría para la libertad de expresión*. CIDH: Washington DC.
- Córdova, Lorenzo. 2008. La libertad de expresión. *El Universal* (en línea). Opinión. 6 de agosto. <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/41167.html>
- Cruz Parceró, Juan Antonio. 2008. La libertad de expresión y los límites por la reforma del artículo 41 constitucional. Aspectos problemáticos. En Córdova, Lorenzo y Pedro Salazar, *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*. México: TEPJF.
- DOF. *Diario Oficial de la Federación*. 2007. Decreto que reforma los artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- DRAE. *Diccionario de la Real Academia Española*. 2002. 22 edición *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid.
- Douglas North. 1993. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, trad. Agustín Bárcena. México: FCE.
- Dworkin, Ronald. *The "Devastating" Decision*. <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/feb/25/the-devastating-decision/> (consultada el 28 de enero de 2010).
- Estévez, Federico. 2007. Ulises criollo y el canto de las sirenas. En *Reforma constitucional en materia electoral 2007*. México: Nueva Alianza.
- Fiss, Owen. 2010. *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, trad. Ma. Luisa Piqué y Ma. Victoria Ricciardi. Buenos Aires: Ad Hoc.

- García Sais, Fernando. 2007. *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*. México: ITAM/Porrúa.
- González-Bertomeu, Juan. *Sin permiso*. <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3054> (consultada el 23 de junio de 2010).
- Jurisprudencia sobre Internet. 2009. <http://www.ijlac.org/jurisprudencia/components.php?name=Articulos&artid=100&idioma=portuguese> (consultada el 28 de agosto de 2010).
- IFE. Instituto Federal Electoral. Informe General sobre la implementación de la reforma electoral, durante el proceso 2008-2009. 2010. México: Instituto Federal Electoral. http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/UTSID/UTSID-Procesos_Electorales/Proceso-2008-2009/Libro-Blanco2008-2009_Tomol.pdf (consultada el 31 de marzo de 2011).
- Linares, Sebastián. 2008. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- 44 Liquormart *et al.* vs. Rhode Island *et al.* 517 U.S. 404 (1996). Disponible en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-1140.ZS.html> (consultada el 29 de abril de 2011).
- LFRT. Ley Federal de Radio y Televisión. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/114.pdf> (consultada 30 de marzo de 2011).
- Madrazo, Alejandro. 2008. Los límites a la libertad de expresión. En *Los límites a la libertad de expresión.*, Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral núm. 1. México: TEPJF.
- Martínez Zorrilla, David. 2007. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Murayama, Ciro. 2007. Dinero y política en la Reforma Constitucional de 2007. La equidad en el centro. En *Reforma Constitucional en materia electoral*. México: Nueva Alianza.

- . 2009. Reforma para la consolidación democrática vs. Contrarreforma desde el interés privado en Democracia sin garantes. En Lorenzo Córdova y Pedro Salazar, coords. *Las autoridades vs. la reforma electoral*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 1-27.
- Olmedo Bustos vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_cortecas/caso%20la%20ultima%20tentacion%20de%20cristo%20\(olmedo%20bustos%20y%20otros%20v.%20chile\).htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_cortecas/caso%20la%20ultima%20tentacion%20de%20cristo%20(olmedo%20bustos%20y%20otros%20v.%20chile).htm) (consultada el 28 de abril de 2011).
- Ost, Francois. 1993. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Núm. 14. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf (consultada el 3 de septiembre de 2010).
- Pérez de Acha, Luis Manuel y Carlos Elizondo. 2009. ¿Un nuevo derecho o el debilitamiento del Estado? Garantía de audiencia previa en la expropiación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 21 (julio-diciembre): 99-147.
- Reyes Heróles, Federico. 2008. Entrevista concedida a Sergio Sarmiento. <http://www.sergiosarmiento.com/Foros/tabid/55/forumid/5/threadid/720/scope/posts/Default.aspx> (consultada el 31 de marzo de 2011).
- Salazar, Pedro. 2008. Y, ¿dónde quedó el soberano? *Nexos* (en línea) <https://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Articulo=661260> (consultada el 31 de marzo de 2011).

Sentencia 12/1982. Tribunal Constitucional. Disponible en <http://jurisprudencia.vlex.es/vid/43-lotc-as-ba-8-9-11-12-15034896>

Sentencia de 5 de febrero de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile). Disponible en [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_cortecas/caso%20la%20ultima%20tentacion%20de%20cristo%20\(olmedo%20bustos%20y%20otros%20v.%20chile\).htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_cortecas/caso%20la%20ultima%20tentacion%20de%20cristo%20(olmedo%20bustos%20y%20otros%20v.%20chile).htm) (consultada el 31 de marzo de 2011).

Sentencia en el amparo indirecto auxiliar 139/2009-I, formado con motivo de la remisión del diverso 1753/2007-E. Juzgado quinto de distrito en el estado de Morelos con sede en Cuernavaca. Quejoso: Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, sindicato patronal. Adiem-Coparmex. Autoridades responsables: Congreso de la Unión y otras.

Sentencia SUP.RAP-31/2006. Actor: Coalición “Por el bien de todos”. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.all?F=templateslfn=default.html> (consultada el 28 de abril de 2011).

SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 168/2007 Y SU ACUMULADA 169/2007. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministroGongoraPimentel/Asuntos%20Relevantes/Asuntos%20relevantes/Reforma%20Constitucional/DICTAMEN%20AI%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL.pdf> (consultada el 28 de abril de 2011).

———. 2010. Tesis I.9o.A.5 K. INSTITUCIONES DE CRÉDITO. TRATÁNDOSE DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEY DE

AMPARO, RESULTA INAPLICABLE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY QUE LAS RIGE. Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XV. Marzo de 2002. 1365.

———. Tesis P. LXXXVIII/2000. LIBERTAD DE COMERCIO. AL-CANCES DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XI. Junio de 2000. 28.

———. Tesis 1a. CLXV/2004. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXI. Enero de 2005. 421

———. Tesis 1a. XCVII/2010. CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXII. Agosto de 2010, 357.

———. Tesis P/J. 130/2007. GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXVI. Diciembre de 2007, 8.

———. Tesis I.4o.A.666 A. PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE

DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO. Tribunales, Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo XXIX. Enero de 2009, 2788.

- . AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. 1302/2009. RECURRENTE: CONSORCIO INTERAMERICANO DE COMUNICACIÓN, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE. PONENTE: MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- . Tesis 24. BEBIDAS EMBRIAGANTES, EXPENDIOS DE PROHIBICIÓN TEMPORAL PARA ESTABLECER NUEVOS. 1917-1988. Primera Parte, Pleno, Apéndice al sjf, 48.
- . Tesis 2990/56. COMERCIO, LIBERTAD DE. LA CONSTITUCIÓN AUTORIZA SU RESTRICCIÓN EN BENEFICIO DE LA COLECTIVIDAD. Vol. 34, Amparo en Revisión, 13 de octubre de 1971.
- . Tesis I.7o.A.319 A. LIBERTAD DE TRABAJO. LOS ARTÍCULOS 3o., 13, 14 Y 16 DE LA LEY DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLAN EL NUMERAL 5o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX. Registro No. 180325. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Octubre de 2004. Tesis aislada. Administrativa, 236.

- TEPJF. 2006. *Elección Presidencial 2006. Dictamen del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. México: Nuevo Horizonte Editores.
- The Corporation*. 2009. Película escrita por Joel Bakan y dirigida por Mark Achbar y Jennifer Abbot. Canadá. Big Picture Media.
- U.S. Supreme Court. 1943. MURDOCK VS. PENNSYLVANIA, 319 U. S. 105 (1943). Disponible en <http://supreme.justia.com/us/319/105/case.html> (consultada el 28 de abril de 2011).
- U.S. Supreme Court. 1964. NEW YORK TIMES CO. VS. SULLIVAN, 376 U. S. 254. Disponible en <http://supreme.justia.com/us/376/254/case.html> (consultada el 28 de abril de 2011).
- U.S. Supreme Court. 1990. AUSTIN VS. MICH. CHAMBER OF COMM., 494 U. S. 652. Disponible en: <http://supreme.justia.com/us/494/652/> (consultada el 28 de abril de 2011).
- U.S. Supreme Court. 2003. McCONNELL, UNITED STATES SENATOR, et al. vs. FEDERAL ELECTION COMMISSION et al - 540 U.S. 93. Disponible en <http://supreme.justia.com/us/540/93/> (consultada el 28 de abril de 2011).
- U.S. Supreme Court. 1942. Valentine vs. Chrestensen 316 U.S. 52. Disponible en <http://supreme.justia.com/us/316/52/> (consultada el 28 de abril de 2011).
- Virginia State Board of Pharma vs. Virginia Citizens Consumer Council. 425 U.S.: 478 (1976). Disponible en http://www.chanrobles.com/usa/us_supremecourt/425/748/case.php (consultada el 29 de abril de 2011).
- Waldron, J. 2005. *Derecho y desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Agueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons.
- Woldenberg, José. 2008. Libertad y equidad. *Reforma* (en línea), 17 de enero. México. <http://www.reforma.com/editoriales/nacional/423/845541/default.shtm> (consultada el 31 de marzo de 2011).

Libertad de expresión y equidad.
¿La Constitución contra sí misma?
es el cuaderno número 20 de la colección
Temas selectos de Derecho Electoral.
Se terminó de imprimir en mayo de 2011
en la Coordinación de Comunicación Social,
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,
Del. Coyoacán, México, DF, 04480.

Su tiraje fue de 1,500 ejemplares.