

SUP-REP-594/2018.

Caso Mexicanos Primero.

¿Restringir o ampliar la libertad de expresión y el debate público?

Arturo Espinosa Silis*

Desde que se reformó la Constitución en 2007 para incluir en el artículo 41 constitucional lo que hoy se conoce como el modelo de comunicación política, es decir, el conjunto de reglas en las que se establece que el acceso al radio y la televisión con fines electorales únicamente le corresponde a los partidos políticos y a las autoridades electorales mediante los tiempos del Estado, prohibiendo a cualquier otra persona —física o moral— contratar tiempos para estos fines, la contienda electoral mexicana se ha convertido en un aburrido monólogo entre políticos en el cual, dadas las restricciones constitucionales impuestas, nadie más que ellos puede hacer uso del radio y la televisión para que, a través de espacios pagados, se genere debate en torno a los temas relevantes en la conversación pública del país.

Aunque este modelo de comunicación política previsto desde la Constitución ha sido criticado por ser restrictivo de la libertad de expresión, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), que en ocasiones se autodenominan como órganos garantistas de los derechos de la ciudadanía, han justificado estas reglas a partir de la premisa de la equidad en la contienda electoral y evitar la injerencia de intereses económicos en la misma.

* Licenciado y maestro en Derecho, especialista en derecho electoral. Director de Estrategia Electoral y profesor en la Universidad Panamericana.

Y aunque en la arena jurisdiccional se han presentado importantes casos que han desafiado el modelo de comunicación política, ninguno ha planteado una oportunidad tan clara como el de Mexicanos Primero para que, a partir de una interpretación que privilegie la libertad de expresión y acote la restricción constitucional —consistente en prohibir que terceros contraten tiempos en radio o televisión con fines electorales—, se abra un poco dicho modelo a efectos de permitir un debate público informado y robusto en el que no solo los partidos políticos tengan el monopolio de la comunicación político-electoral.

Es por ello que este es el caso más importante que se ha dado sobre libertad de expresión en materia electoral y, a nuestro juicio, la Sala Superior del TEPJF dejó ir una gran oportunidad de flexibilizar el rígido modelo de comunicación política previsto en el artículo 41 constitucional y, así, abrir espacios para fomentar el debate público. Precisamente en este texto justificaré esta postura.

1) ¿Qué fue lo que pasó?

Del 27 de abril al 4 de mayo de 2018 se transmitió en radio, televisión y algunas salas de cine en todo el país el *spot* titulado “¿Y si los niños fueran candidatos?”, cuya autoría era de Mexicanos Primero, una organización de la sociedad civil dedicada a fomentar el derecho a la educación de niñas y niños en México y que cuenta con más de 10 años de experiencia en estos temas. Esta organización se ha caracterizado por la elaboración de diagnósticos y propuestas en relación con las problemáticas que inciden de forma negativa en las políticas públicas del ramo educativo, así como por la divulgación de información concreta respecto de la calidad educativa en el país, el desarrollo de iniciativas en favor de la educación y la incursión en el litigio estratégico en defensa del derecho a la educación y el interés superior de la niñez a través de la asociación Aprender Primero.

En el *spot* llamado “¿Y si los niños fueran candidatos?” aparecieron cuatro niños y una niña representando a quienes presentaron su candidatura a la presidencia de la república durante las elecciones de 2018. Los niños que aparecían en el *spot* se llamaban *Ricardo*, como Ricardo Anaya Cortés, el candidato postulado por la coalición “Por México al frente”; *Pepe*, como José Antonio Meade Kuribreña, postulado

por la coalición “Todos por México”; *Andrés*, como Andrés Manuel López Obrador, postulado por la coalición “Juntos haremos historia”; *Margarita*, como la candidata independiente Margarita Zavala Gómez del Campo, y *Jaime*, como el candidato independiente Jaime Heliodoro Rodríguez Calderón.

En el *spot*, los personajes pronuncian mensajes específicos relacionados con la educación, como el apoyo del uso de la tecnología en las aulas, el apoyo al aprendizaje del idioma inglés y la capacitación y evaluación del personal docente, finalizando con el mensaje *piensa bien y elige a quien apoye la transformación educativa*.

La transmisión del *spot* se realizó tanto en radio y televisión como en cines e internet. En cuanto se llevó a cabo su difusión se presentaron diversas quejas ante la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral (UTCE) del Instituto Nacional Electoral (INE); en todas se señaló la violación a la prohibición de adquirir tiempos en radio y televisión con el propósito de incidir en las preferencias electorales de la ciudadanía, por un lado, y por vulnerar el interés superior de la niñez, en virtud de la aparición de menores de edad en un *spot* de naturaleza electoral, por el otro.

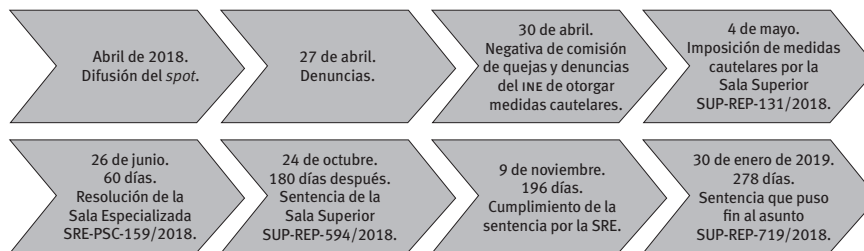
2) Una larga cadena impugnativa

Desde que se concibió el procedimiento especial sancionador (PES) mediante el SUP-RAP-17/2006, aunque no se le llamó así, sí se estableció que el mismo debía ser de carácter sumario, pues su finalidad era evitar que posibles conductas infractoras a la legislación electoral trascendieran durante el proceso electoral de manera que afectaran la equidad de la contienda; de esta forma, jurisprudencialmente se ideó un procedimiento que se desahogaría a manera de un juicio sumario en el que los tiempos fueran breves, desde la presentación de la queja que diera inicio al mismo y hasta la resolución final, con cinco días para que hubiera una resolución definitiva sobre la conducta denunciada.

Como veremos, este caso es un ejemplo de todo lo contrario, pues desde que se presentó la primera queja, el 27 de abril de 2018, hasta que se emitió la última resolución, transcurrieron 278 días y se emitieron seis resoluciones y sentencias diferentes.

SUP-REP-594/2018

Figura 1



3) Quejas, medidas cautelares y SUP-REP-131/2018

Inicialmente, las quejas fueron presentadas por dos ciudadanos y un partido político, quienes solicitaron la suspensión de la transmisión del *spot* como medida cautelar ante la probable vulneración de la Constitución y la ley electoral (adquisición de tiempos en radio y televisión y aparición de menores), y la sanción para los sujetos infractores, entre quienes estaban la organización de la sociedad civil Mexicanos Primero, así como la empresas responsables de la producción y grabación del *spot* y las difusoras del mismo, entre ellas las televisoras, estaciones de radio y cadenas de cines.

En su momento, y del estudio superficial que supone la determinación de una medida cautelar, la Comisión de Quejas y Denuncias del INE estimó que el *spot* gozaba de la presunción de ser un ejercicio genuino de la libertad de expresión de sus autores, que no contaba con un carácter evidentemente electoral y que se contaban con los permisos necesarios para la aparición de menores de edad, por lo que determinó que la transmisión en radio y televisión, así como en los cines y en internet, podía continuar.

Cabe señalar que estamos ante un caso difícil en el que la valoración de las circunstancias del mismo y la interpretación de la ley, particularmente de la prohibición constitucional de contratar tiempos en radio y televisión con fines electorales, hacen que las decisiones tomadas por las autoridades electorales en prácticamente todas las resoluciones y sentencias hayan sido mediante votación dividida.

Como era de esperarse, considerando la alta litigiosidad que caracteriza a la materia electoral y, en particular, a los procedimientos

sancionadores, la determinación de la Comisión de Quejas y Denuncias fue recurrida ante la Sala Superior del TEPJF. El recurso de revisión del procedimiento especial sancionador interpuesto fue registrado con el número de expediente SUP-REP-131/2018. En esta primera decisión del órgano jurisdiccional se determinó que sí procedía la implementación de la medida cautelar y, por tanto, se ordenó suspender la transmisión del *spot* únicamente por lo que hace al radio y la televisión, pues se consideró que se podía transgredir la prohibición constitucional antes señalada. Esta sentencia se dictó el 4 de mayo de 2018; es decir, siete días después de que se presentó la primera queja.

4) SRE-PSC-159/2018. El fondo del PES

El fondo del procedimiento especial sancionador se resolvió hasta el 19 de junio de 2018, esto es, 53 días después de presentada la primera queja en contra del *spot*. El número de expediente que le dio la Sala Regional Especializada fue el SRE-PSC-159/2018, y la resolución que emitió este órgano jurisdiccional se basó, por un lado, en las violaciones al artículo 41 constitucional por la adquisición de tiempos en radio y televisión con fines electorales y, por el otro, en la puesta en riesgo al interés superior de la niñez por la aparición de menores de edad en el *spot* sin tener los permisos y autorizaciones con los requisitos especiales establecidos.

Dado que la prohibición constitucional de contratar tiempos en radio y televisión con fines electorales expresamente señala que

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

La controversia del caso se centró en gran medida sobre la interpretación que se le debe dar a este párrafo.

Dentro de las posibles interpretaciones, por un lado, se encuentra una a partir de la cual se considera que la prohibición es absoluta, es decir, que no permite que nadie contrate propaganda en radio y

televisión que tenga algún tinte electoral; por el otro, algunos defendemos que la restricción debe entenderse únicamente para aquellos mensajes contratados en radio y televisión que busquen incidir en las preferencias electorales, ya sea a favor o en contra de alguna candidatura, pues esta interpretación es más permisiva y abre espacios para que el debate público en las campañas electorales llegue a los medios electrónicos. Justamente este punto será el que guiará el sentido de las siguientes determinaciones de la autoridad electoral jurisdiccional.

En el caso, en esta primera resolución de fondo del procedimiento especial sancionador, la Sala Regional Especializada analizó el contenido del *spot* a efectos de determinar si el mismo era de contenido electoral y si influía en las preferencias electorales. De su análisis, el órgano jurisdiccional advirtió lo siguiente:

- 1) El *spot* tiene como temática principal la educación.
- 2) Los niños que aparecen interpretaron a quienes entonces eran los candidatos y la candidata a la presidencia de la república.
- 3) En la interpretación que realizan los niños y la niña se utilizaron frases, expresiones y gestos identificables con cada candidato y la candidata.
- 4) Se utilizó la expresión *piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa*.

En la resolución, se consideró que el artículo 41 constitucional establece la prohibición de contratar propaganda en dos casos:

- 1) Cuando influya en las preferencias electorales.
- 2) Cuando influya a favor o en contra de partidos políticos o candidatos.

En tal sentido, este órgano jurisdiccional consideró que la prohibición se actualiza con la sola existencia de propaganda política o electoral que busque influir en las preferencias electorales; esto implica que para la autoridad jurisdiccional es una prohibición absoluta, pues no importa si hay o no pronunciamientos explícitos a favor o en contra de una fuerza política o candidatura, ya que esto último se podría considerar, en todo caso, como una especie de conducta prohibida, pero no como la norma en sentido genérico.

La interpretación por la que se inclinó la Sala Regional Especializada indica que la prohibición de contratar tiempos en radio y televisión con fines electorales, más allá de los tiempos que el Estado otorga a los partidos políticos, es absoluta y no admite ninguna permisividad. A partir de esta lectura del artículo 41 constitucional, la Sala Regional Especializada encontró que el *spot* era violatorio de dicha prohibición en atención a que del mismo se advierten los siguientes elementos:

- 1) Los niños y las niñas personificaban a cada una de las candidaturas presidenciales que se encontraban en la contienda.
- 2) La temática del *spot* es la educación. Este tema también se encontraba presente en el debate político entre las candidaturas reales e, incluso, formaba parte de sus plataformas electorales.
- 3) Al final del *spot* se usaron las frases *piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa y la educación de tus hijos no es negociable*.

A partir de dichos elementos, el órgano jurisdiccional consideró que se hacía referencia directa al proceso electoral y un llamado explícito a la ciudadanía a promover el voto a favor de la o las candidaturas que apoyen la transformación educativa; sin embargo, en la resolución nunca se dice cuál o cuáles de las candidaturas presumiblemente apoyaban o rechazaban la transformación educativa, es decir, a qué candidatura podía favorecer o perjudicar el *spot*.

Aunque el postulado central de la resolución es el expresado en el párrafo anterior, respecto del caso concreto, se reconoce que el contenido del *spot* no tenía ningún mensaje a favor o en contra de un partido político o de alguna candidatura en particular; sin embargo, para la Sala Regional Especializada sí había una sugerencia o inducción para inclinarse por alguna o algunas opciones políticas, y esto era suficiente para considerar que había una incidencia objetiva en las preferencias del electorado, por lo que, de manera genérica, señalan que el *spot* buscaba favorecer a la candidatura que apoyara la transformación educativa, lo que, a criterio del órgano jurisdiccional, dotaba al mensaje de un ánimo propagandístico particular, lo cual excedía la idea de una simple exposición de un tema de interés público.

Fue a partir de estos argumentos que se consideró que la difusión del *spot* en radio y televisión violaba la prohibición constitucional contenida en el artículo 41, a partir de la cual ninguna persona puede contratar tiempos en radio y televisión con fines electorales. Por lo que, dado que en el caso estaba plenamente acreditado que hubo tal contratación y del análisis del contenido del *spot* se determinó que sí había una finalidad electoral, se optó por sancionar a los sujetos involucrados.

Por lo que hace al segundo punto sobre el que se ocupó esta resolución, esto es, la aparición de menores de edad en el *spot*, la Sala Regional Especializada decidió que no existieron los elementos suficientes de certeza como para considerar que el consentimiento otorgado por los padres de los menores de edad para aparecer en el video satisficiera los alcances requeridos por la legislación electoral.

En este punto cabe señalar que una de las desviaciones que se han ido generando dentro de los procedimientos sancionadores en materia electoral son los supuestos infractores atípicos, esto es, que derivado de la interpretación de la ley, las autoridades electorales determinen que hay conductas que sí se deben sancionar, a pesar de que la ley no las considere como ilícitas, pues a su criterio conllevan una conducta que se debe estimar contraria al marco normativo.

Se considera que estas conductas sancionables atípicas son una desviación pues, por un lado, la doctrina jurisprudencial bajo la que se han construido los procedimientos sancionadores en materia electoral se basa en los principios del derecho penal (tesis XLV/2002), y uno de esos principios es el de tipicidad; por el otro, ya que la creación de supuestos de sanción no previstos en la legislación electoral contribuye a la judicialización y al uso frívolo de los procedimientos especiales sancionadores.

Entre las conductas sancionables atípicas que ha creado el TEPJF por la vía jurisdiccional están las restricciones para que los menores de edad aparezcan en la publicidad electoral sin que se cuente con el consentimiento expreso del menor, así como el del padre y el de la madre. Esta conducta no está contemplada en la legislación electoral, mucho menos se prevé como sancionable.

El criterio ha señalado que la aparición de los menores de edad sin los consentimientos expresos y suficientes implica una vulneración a la intimidad de los menores por el manejo directo de su imagen, nombre,

datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación, lo cual es contrario a sus derechos y los pone en riesgo (jurisprudencia 5/2017).

En atención a ello, se ha establecido una serie de criterios y lineamientos a efectos de que los sujetos que utilicen imágenes de menores de edad en mensajes de carácter proselitista obtengan el consentimiento informado del menor y la autorización tanto del padre como de la madre, de manera que sea claro el contenido del mensaje y los efectos que pudiera tener el material en el cual se prevé su aparición.

Una vez explicado por qué surgió el supuesto de sanción y qué es lo que se buscaba, en el caso de Mexicanos Primero, sobre la aparición de menores de edad en el *spot*, la Sala Regional Especializada estimó que no se cumplieron estos requisitos, esto es, que no presentaron los documentos idóneos para amparar el consentimiento informado de quienes aparecieron en el material, entendido este como una manifestación expresa de las niñas y los niños, atendiendo a sus respectivas edades, en el sentido de que comprenden el contenido y los fines del material para el cual prestaron su imagen y sus interpretaciones.

Al respecto, los sujetos denunciados señalaron que sí había consentimiento otorgado por al menos uno de los padres, esto, de conformidad con la legislación en materia de radio y televisión; además, manifestaron que los menores de edad habían sido contratados y se trataba de actores profesionales, aunado a que pasaron por un proceso amplio de preparación de sus caracterizaciones, por lo que estuvieron en posibilidad de comprender cabalmente el contenido, el objeto y los alcances del *spot*. Esto se advertía en los documentos recabados en los que obraba la manifestación del consentimiento para prestar su voz e imagen.

A pesar de ello, la Sala Especializada consideró que no era suficiente, pues se había puesto en riesgo el interés superior de quienes aparecieron en el video. Esto, sin señalar de qué forma se puso en riesgo el interés superior de los menores o cuál era el riesgo que corrían, pues sobre el tema únicamente se formularon argumentos genéricos. Cabe señalar que esta infracción no solo afectó su transmisión en radio o televisión, sino también en cines e internet, pues al actualizarse esta infracción el *spot* era ilegal no solo por la contratación en radio y televisión, también por la aparición de menores de edad sin contar con los consentimientos necesarios en materia electoral.

SUP-REP-594/2018

Dado que el órgano jurisdiccional consideró que se violó tanto la prohibición constitucional de contratar tiempos en radio y televisión por parte de terceros y que además se afectó el interés superior del menor de la niña y los niños que participaron en el *spot*, se sancionó a los sujetos denunciados con una amonestación pública.

Esta resolución de la Sala Regional Especializada fue una de las pocas dentro de este caso que se resolvió por unanimidad. Dado que se determinó sancionar tanto a la organización civil Mexicanos Primero como a las televisoras y a las cadenas de cines donde se difundió el *spot*, la resolución fue impugnada ante la Sala Superior del TEPJF, la cual tendría una segunda oportunidad de pronunciarse en torno al caso: la primera fue respecto de las medidas cautelares; ahora lo haría sobre el fondo del mismo.

5) SUP-REP-594/2018. La sentencia que optó por restringir en lugar de flexibilizar

Dado que Mexicanos Primero, Televisa, Cinemex y las compañías encargadas de la difusión del *spot* no estuvieron de acuerdo con la sanción, acudieron a la Sala Superior alegando que no cometieron ninguna conducta contraria al marco normativo, es decir, no vulneraron el artículo 41 constitucional ni pusieron en peligro el interés superior de los menores de edad.

Los sujetos denunciados también impugnaron la resolución de la Sala Regional Especializada al considerar que la sanción que se impuso fue insuficiente; ellos buscaban que se impusiera una sanción económica más elevada. La vía para acudir fue el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador y el número de expediente asignado fue el SUP-REP-594/2018 y acumulados.

El 24 de octubre de 2018, la Sala Superior dictó sentencia en el expediente SUP-REP-594/2018 y acumulados, determinando revocar la sentencia emitida por la Sala Regional Especializada en el expediente identificado como SRE-PSC-159/2018.

Los efectos de la revocación fueron dos: el primero fue que se dejó sin efectos la sanción consistente en amonestación pública por lo que se señalaba respecto de la violación al interés superior del menor; el

segundo fue determinar que se debía reindividualizar la sanción relativa a la violación al artículo 41 constitucional a efectos de imponer una multa económica.

Esta sentencia fue aprobada por una mayoría de cuatro votos. Los magistrados que votaron a favor fueron Reyes Rodríguez Mondragón, Felipe de la Mata Pizaña e Indalfer Infante Gonzales, junto con la magistrada Janine Otálora Malassis; los votos en contra fueron los de la magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso y los de los magistrados Felipe Fuentes Barrera y José Luis Vargas Valdez. Es importante el sentido de la votación, pues en otros asuntos vinculados con la libertad de expresión respecto del modelo de comunicación política la votación individual de cada magistrado o magistrada ha sido distinta.

En consideración de la mayoría, la clave del asunto se encuentra en el uso de las frases *piensa bien y elige a quien apoye la transformación educativa, la educación de tus hijos no es negociable y transformación educativa* las cuales, en concepto de los órganos jurisdiccionales y a partir del contexto del proceso electoral, permiten advertir elementos suficientes para considerar que se pretendió influir en las preferencias electorales de la ciudadanía a fin de lograr que vote o que elija una opción específica, lo cual actualiza la infracción al artículo 41 constitucional, pues ello implicó la adquisición de tiempos de radio y televisión con fines electorales.

Las consideraciones principales a partir de las cuales la mayoría estimó que el *spot* tenía un contenido electoral y buscaba influir en las preferencias de la ciudadanía fueron:

- 1) El título del *spot* “¿Y si los niños fueran candidatos?”. Al hacer alusión a las candidaturas es clara su relación con el proceso electoral.
- 2) Representación de actores políticos. Aparición de niños con ropa semejante a los entonces candidatos a la presidencia, identificando a cada uno con sus nombres, además de realizar gestos, ademanes y expresiones que llevaron a cabo durante la campaña electoral.
- 3) Temática y frases. El tópico de la educación formó parte de las plataformas electorales de las candidaturas, de ahí que el *spot* tenga contenido electoral. En suma, las frases *piensa bien y elige a quien apoye la transformación educativa y la educación de tus hijos no es negociable* se vinculan al proceso electoral porque se infiere el

rechazo a cualquiera de las candidaturas que no esté de acuerdo con la transformación educativa.

Estos elementos, sumados al hecho de que el *spot* se difundió durante el proceso electoral, fueron suficientes para que la Sala Superior considerara que el *spot* era propaganda político-electoral y, por tanto, buscaba incidir en las preferencias electorales.

De esta forma, para el TEPJF la prohibición establecida en el artículo 41 constitucional no admite interpretación alguna que pueda hacer más permisiva la participación de terceros en el debate electoral, al menos no para el radio y la televisión, por lo que la misma es de carácter absoluto. Por tanto, no es posible flexibilizar la prohibición a personas físicas o morales a fin de hacerla compatible con el ejercicio de la libertad de expresión debido a que es una prohibición constitucional.

En cuanto a la infracción relativa a la afectación del interés superior de los menores de edad, la Sala Superior determinó que en el caso de propaganda pautada por personas físicas o morales diferentes a los partidos políticos, candidatos, coaliciones o autoridades electorales, no es exigible el requisito de contar con la opinión documentada de los menores de edad.

Además, consideró que del análisis del expediente y del contexto del asunto era posible advertir que los niños que aparecen en el promocional contaron con información suficiente para aceptar cabalmente su participación en el *spot* denunciado, como lo fue que se les informara acerca de quiénes eran los personajes y cuáles eran sus rasgos característicos. Es decir, que el consentimiento informado exigido para la protección de los demás derechos de las niñas y los niños que aparezcan en el *spot* que pudiera considerarse proselitista puede vertirse de maneras diversas, no necesariamente las exigidas por la legislación y reglamentación electoral, y, encima, puede inferirse por las circunstancias fácticas del asunto (siempre que no se trate de partidos, candidaturas, coaliciones o autoridades electorales).

A partir de estas consideraciones, la Sala Superior revocó la declaración de existencia de las infracciones en materia de interés superior de la niñez; sin embargo, consideró existente la relativa a la adquisición de tiempos en radio y televisión y ordenó a la Sala Regional Especializada la reindividualización de la sentencia, por lo que esta última

pasó a imponer sanciones pecuniarias en sustitución de la amonestación pública originalmente determinada.

Al final de cuentas, la Sala Superior —que siempre ha señalado que tiene una vocación garantista y que en su papel de tribunal constitucional ha manifestado su compromiso con interpretar la legislación electoral de manera que se privilegie el ejercicio de derechos, entre ellos, la libertad de expresión—, optó por una interpretación estricta del artículo 41 constitucional, a partir de la cual se cierran las puertas a cualquier posibilidad de que la ciudadanía participe en el debate público durante las contiendas electorales para exponer posiciones respecto de temas que son relevantes en el quehacer público del país, incluso si estas posturas que se buscan plantear a través de la compra de tiempos en radio y televisión son de carácter neutro; es decir, se emiten sin buscar favorecer o perjudicar candidatura alguna. En pocas palabras, lo que hizo la Sala Superior fue confirmar que el monopolio del debate público en radio y televisión es exclusivo de los partidos políticos.

La interpretación por la que se inclinaron la mayoría de los magistrados y la magistrada resulta, en mi perspectiva, contraria a los estándares internacionales en los que se ha reconocido una protección especial o preferente en favor de la libertad de expresión política (o en contextos político-electorales), debido a que se encuentra ligada directamente con el ejercicio de los derechos políticos. Esto, ya que el sano debate democrático exige que exista el mayor nivel de circulación de ideas; para ello, es necesario que todos los actores puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad o idoneidad de los candidatos, disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones a fin de que los actores puedan formar su criterio para votar.¹

6) Reindividualizando la sanción

En una de las malas prácticas que se han adoptado en el procedimiento especial sancionador —se señala como *mala práctica* lo que ha contri-

¹ Véase el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, capítulo II, 30 de diciembre de 2009, párrafo 220 y Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, número 11, párrafos 88 y 90.

SUP-REP-594/2018

buido a desnaturalizar el procedimiento especial sancionador tanto en la brevedad de los tiempos para resolver como en su eficacia—, la Sala Superior ha optado por revocar la resolución impugnada, en casos en los que advierte que hubo una incorrecta o indebida individualización de la sanción, y devuelve el expediente para que la Sala Regional Especializada reindividualice la sanción.

Esto ha generado una mayor dilación en la resolución definitiva de los procedimientos especiales sancionadores y un aumento en la litigiosidad de este tipo de asuntos, pues incluso, en algunos casos, han terminado por emitirse más de cuatro o cinco sentencias en las que el único punto en conflicto es la individualización de la sanción.

En este caso particular, atendiendo a la sentencia emitida por el TEPJF en el SUP-REP-594/2018, la Sala Regional Especializada decidió imponer una sanción pecuniaria en contra de los denunciados en los siguientes términos:

- 1) Mexicanos Primero: 80,600.00 pesos.
- 2) Televisa: 161,200.00 pesos.
- 3) Televisoras locales: 8,060.00 pesos.

Cabe hacer mención que, para la individualización de la sanción a Mexicanos Primero, se tomó como uno de los criterios a considerar su naturaleza jurídica como persona moral sin fines de lucro, pues se trata de una asociación civil, lo cual condujo a la Sala Especializada a imponer una infracción que no pusiera en riesgo la consecución de su objeto.

7) SUP-REP-719/2018.

Impugnando la reindividualización de la sanción

Como si en el caso no se hubieran emitido suficientes sentencias y resoluciones, un partido político se inconformó en contra de la resolución emitida por la Sala Regional Especializada, que consideró que las sanciones impuestas no fueron suficientes y buscaba que se elevaran los montos de la sanción. Afortunadamente, en esta ocasión, la Sala Superior, al resolver el SUP-REP-719/2018, decidió confirmar las sanciones impuestas y dar por concluido el asunto.

8) Tres comentarios sobre el caso

El caso de Mexicanos Primero sobre el *spot* “¿Y si los niños fueran candidatos?” da para un análisis profundo sobre diferentes temáticas, incluidas la naturaleza y las reglas del procedimiento especial sancionador, la libertad de expresión y el debate público en contextos electorales, la interpretación de la Constitución a la luz de los instrumentos internacionales, el modelo de comunicación política y los tipos sancionadores atípicos, por mencionar algunos.

Dada la riqueza temática de este caso, a lo largo del texto he buscado describir la secuencia del mismo y exponer algunas de las aristas que se fueron presentando; sin embargo, para desarrollar cada una de las temáticas probablemente sea necesario hacer un libro sobre este asunto. No obstante, nos parece pertinente hacer tres comentarios finales que, considero el caso, deben llevarnos a reflexionar.

1. Malas prácticas en el PES. El caso que se analiza es uno de varios ejemplos sobre cómo el procedimiento especial sancionador ha perdido la esencia bajo la cual se concibió y cómo se ha plagado de malas prácticas que lo han desviado de la que debería ser su naturaleza. Lo cual, entre otros efectos, termina por no lograr los efectos disuasorios de las conductas infractoras.

Por un lado, los tiempos para resolver en definitiva un procedimiento especial sancionador distan mucho de los cinco días que la ley prevé y que en un inicio se consideraron en el SUP-RAP-17/2006, aunado a que, para darle definitividad a la resolución de un procedimiento de este tipo, es necesario que se emitan múltiples resoluciones y sentencias en las cuales al menos intervienen tres autoridades distintas.

Por otro lado, la creación de conductas sancionables atípicas ha generado una mayor litigiosidad, pues a partir de conductas que ordinariamente no serían sancionables hoy, sí vemos a personas y a partidos políticos presentando denuncias para que la autoridad electoral investigue, sustancie y, en su caso, sancione conductas no tipificadas. Esto no solo propicia la frivolidad en el uso del procedimiento sancionador, sino que centra gran parte del proceso electoral en la arena litigiosa en lugar de concentrarse en el debate y la información que la ciudadanía necesita para decidir sobre quién es la mejor opción para gobernar o representarlos.

2. La oportunidad perdida para flexibilizar el modelo de comunicación política. Sin duda, se trata de un caso difícil en el que se buscaba flexibilizar el modelo de comunicación política tan restrictivo que se adoptó en la reforma constitucional de 2007. Probablemente este ha sido el caso más claro que ha llegado a la Sala Superior para contrastar la prohibición constitucional del artículo 41 constitucional sobre compra de tiempos en radio y televisión por parte de terceros a la luz de los criterios y estándares internacionales sobre libertad de expresión y debate en contextos políticos y electorales.

El caso permitía que la Sala Superior adoptara una interpretación un poco más flexible respecto de la prohibición constitucional de contratar tiempos en radio y televisión con fines electorales sin que se rompiera por completo el fundamento del modelo de comunicación política, que era evitar que los intereses económicos irrumpieran en el proceso electoral para influir en las preferencias electorales.

Este caso es paradigmático en la materia electoral, pues se plantea un supuesto que permitía someter a un test de convencionalidad el modelo de comunicación política prevista por el poder de reforma de la Constitución en 2014, permitiendo abrir el debate público que se da en una contienda electoral a la ciudadanía para poner en el centro del propio debate la libre circulación de ideas sobre temas que son trascendentes y relevantes para el desarrollo del país, como es el caso de la educación, y que a través de mensajes ingeniosos pero neutros —que no beneficiaran o perjudicaran a candidatura alguna—, se pudiera dar un debate abierto entre ciudadanía y candidatos o candidatas acerca de los asuntos de trascendencia pública. Esta pudo haber sido la gran aportación del caso y de la Sala Superior a la democracia mexicana; en cambio, la oportunidad se perdió y se optó por una interpretación que sostuvo que la prohibición constitucional es absoluta y totalmente restrictiva.

3. Tendencia a restringir la libertad de expresión. Aunque en muchas ocasiones el TEPJF ha ido más allá del marco legal para ampliar los derechos político-electorales de la ciudadanía —tal como ha ocurrido con las acciones afirmativas de género, con la protección de los derechos político-electorales de las mujeres en las comunidades indígenas o en temas de nacionalidad—, en el caso de la libertad de expresión pareciera que la tendencia es a hacer más restrictivo el modelo de comunicación política.

El caso de Mexicanos Primero, a nuestro parecer, restringe la libertad de expresión; se reconoce que se trataba de un caso difícil que exigía una interpretación del texto constitucional que flexibilizara el modelo de comunicación política, lo cual ha realizado el TEPJF respecto de otros temas, aunque en esta ocasión optó por una interpretación restrictiva de la norma.

Este caso no fue el único en materia de libertad de expresión que se dio en el marco del proceso electoral 2017-2018. Durante el desarrollo de este proceso electoral el TEPJF conoció de diferentes casos en los que el fondo de la controversia trataba sobre cuestiones de libertad de expresión o debate público. Comparando cinco de ellos, que a mi parecer fueron relevantes, es posible advertir una tendencia por restringir la libertad de expresión, tal como se advierte en el siguiente cuadro.

Cuadro 1

Casos	Materia del caso	Decisión mayoritaria	Votación	
			A favor de la libertad de expresión	Por restringir la libertad de expresión
Mexicanos Primero SUP-REP-594/2018 y acumulados	Interpretación de la prohibición constitucional de comprar tiempos en radio y televisión con fines electorales por parte de terceros.	Restringe la libertad de expresión.	<ul style="list-style-type: none"> • Felipe Alfredo Fuentes Barrera • Mónica Aralí Soto Fregoso • José Luis Vargas Valdez 	<ul style="list-style-type: none"> • Felipe de la Mata Pizaña • Indalfer Infante Gonzales • Janine M. Otálora Malassis • Reyes Rodríguez Mondragón
Populismo en América Latina SUP-REP-108/2019	Se adquirieron tiempos en televisión dirigidos a influir en las preferencias electorales, por la estrategia publicitaria (en camiones de transporte público, televisión restringida y una cápsula de televisión abierta) de la serie <i>Populismo en América Latina</i> durante la campaña federal 2017-2018.	Restringe la libertad de expresión.	<ul style="list-style-type: none"> • Janine M. Otálora Malassis • Reyes Rodríguez Mondragón 	<ul style="list-style-type: none"> • Felipe de la Mata Pizaña • Felipe Alfredo Fuentes Barrera • Indalfer Infante Gonzales • Mónica Aralí Soto Fregoso • José Luis Vargas Valdez

SUP-REP-594/2018

Continuación.

Casos	Materia del caso	Decisión mayoritaria	Votación	
			A favor de la libertad de expresión	Por restringir la libertad de expresión
Calumnia contra José María Riobóo Martín SUP-REP-705/2018	La emisión de expresiones calumniosas (<i>ya salió el peine de la corrupción</i>) del entonces candidato Ricardo Anaya en el tercer debate presidencial y en el evento del Cerro de la Estrella, que muestran una idea de corrupción entre el candidato Andrés Manuel López Obrador y el contratista José María Riobóo Martín.	Restringe la libertad de expresión.		<ul style="list-style-type: none"> • Indalfer Infante Gonzales • Felipe de la Mata Pizaña • Janine M. Otálora Malassis • José Luis Vargas Valdez
Ricardo Anaya y <i>El Universal</i> SUP-REP-32/2018 y acumulados	Se hizo un uso indebido de la pauta del PAN en radio y televisión al difundir un <i>spot</i> donde se muestra al entonces dirigente nacional del PAN, Ricardo Anaya, al referir que la información difundida por <i>El Universal</i> , relativa al aumento de su patrimonio y su familia, son hechos falsos debido a una resolución de un juez federal.	Restringe la libertad de expresión.		<ul style="list-style-type: none"> • Felipe de la Mata Pizaña • Felipe Alfredo Fuentes Barrera • Indalfer Infante Gonzales • Janine M. Otálora Malassis • Reyes Rodríguez Mondragón • Mónica Aralí Soto Fregoso • José Luis Vargas Valdez

Continuación.

Casos	Materia del caso	Decisión mayoritaria	Votación	
			A favor de la libertad de expresión	Por restringir la libertad de expresión
Caso Galileos SUP-REP-165/2017 y acumulados	Se consideró que la difusión del programa de televisión “Diálogos Galileos”, conducido por Fernando Belaunzarán, no constituye la adquisición de tiempos en televisión.	Favorece la libertad de expresión.	<ul style="list-style-type: none"> • Felipe de la Mata Pizaña • Felipe Alfredo Fuentes Barrera • Indalfer Infante Gonzales • Janine M. Otálora Malassis • Reyes Rodríguez Mondragón • Mónica Aralí Soto Fregoso • José Luis Vargas Valdez 	

Aunque la muestra es pequeña, dado el impacto que tuvieron algunos de estos casos dentro del proceso electoral, puede considerarse que son significativos, y en virtud del sentido de las sentencias pronunciadas por la Sala Superior parece que la tendencia es restringir la libertad de expresión y acotar el debate público.

Por ello, considero que, en casos como el de Mexicanos Primero, lo deseable hubiera sido que se hiciera un análisis de la libertad de expresión no solo a la luz del marco jurídico nacional, sino que se valore el caso a partir del marco internacional en el que la libertad de expresión es ampliamente prevista; simplemente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) la reconoce y sus alcances han sido ampliamente interpretados tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). También se cuentan con numerosas opiniones y recomendaciones de los relatores sobre libertad de expresión de distintos organismos internacionales.

No podemos olvidar que este derecho no solo comprende la libertad individual de manifestar o expresar el pensamiento o las ideas (propias o ajenas), sino también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. 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 (Corte IDH 2001). De ahí que en el caso del modelo de comunicación política previsto en la legislación mexicana, aunque la restricción es constitucional, se debe procurar flexibilizarla para privilegiar la libertad de expresión y el debate público, especialmente considerando el contexto de un proceso electoral, lo cual debió ocurrir en el caso de Mexicanos Primero.

Fuentes consultadas

- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 30 de diciembre. Capítulo II, párrafo 220.
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2001. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero. Serie C No. 73.
- . 2004. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto. Serie C No. 11.
- Jurisprudencia 5/2017. PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIRSE CUANDO SE DIFUNDAN IMÁGENES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 10, número 20: 19-20.
- Sentencia SUP-RAP-17/2006. Actor: Coalición “Por el bien de todos”. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <https://www.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2006/RAP/SUP-RAP-00017-2006.htm>.
- SUP-REP-131/2018. Actores: Morena y Jorge Alcocer Villanueva. Autoridades responsables: Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral. Disponible en https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2018/REP/131/SUP_2018_REP_131-734413.pdf.
- SUP-REP-594/2018. Recurrente: Jorge Alcocer Villanueva y otros. Autoridad responsable: Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponible en

<https://www.te.gob.mx/blog/reyes/media/images/f1a201c19afa3b0074be83b72c8d7e530.pdf>.

— SUP-REP-719/2018. Recurrente: Morena. Autoridad responsable: Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponible en https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REP-0719-2018.pdf.

Tesis jurisprudencial XLV/2002. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL IUS PUNIENDI DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* 6, (2003): 121-22.