



## **¿VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN O RESTRICCIÓN POR INTERÉS PÚBLICO AL COMERCIO DE TIEMPOS DE RADIO Y TELEVISIÓN?**

Francisco J. PAOLI BOLIO \*

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.* II. *La reforma electoral de 2007. Nueva relación de medios y procesos electorales.* III. *Los límites a la libertad de expresión.*

**E**xtero mi opinión sobre una tesis de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, en el amparo en revisión 186/2008. La sentencia se refiere a distintas cuestiones de fondo y de procedimiento, que sería muy largo exponer en el tiempo disponible, por lo que he resuelto referirme a un punto que considero central en la controversia. En relación con el procedimiento declara que hubo violación al que establece el artículo 135, porque el Congreso no señaló cuantas y cuales legislaturas aprobaron la reforma constitucional. Considero que el Senado, que hizo el recuento de ellas en nombre del Congreso, tenía que cumplir con lo dispuesto en el 135, que no precisa más que: deberá hacer “el cómputo de votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”. Y el Senado cumplió con esa tarea y reportó que una mayoría de las legislaturas aprobó la reforma.

La sentencia abre la posibilidad de que los jueces de Distrito entren a dictaminar si la reforma viola derechos fundamentales como el de la libertad de expresión. Me parece grave que la Suprema Corte abra esa posibilidad, sin un fundamento sólido de violación del procedimiento. La libertad de expresión que es el derecho violado, según el quejoso en esta sentencia de amparo no cancela dicha libertad, sino que a mi juicio, establece una modalidad para ejercerla en materia de propaganda electoral hecha en radio y televisión. Me propongo argumentar pensando sobre todo en los jueces de Distrito que entrarán a juzgar esos amparos, que no hay violación a la libertad de expresión prevista en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), sino que la reforma plantea una restricción a la libertad de comercio.

La sentencia sugiere en distintos argumentos que la adición al tercer párrafo del inciso f), de la base III del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), es violatoria de la libertad de expresión.

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Se invoca en la sentencia una interpretación de las libertades individuales, desde una perspectiva del “jusnaturalismo racionalista” que viene de la Ilustración y que hoy considero

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

está rezagada y es incompleta. Esta corriente de pensamiento filosófico-jurídico, no considera adecuadamente que las garantías individuales deben verse en relación con las garantías sociales. En México éstas últimas se empiezan a reconocer después del movimiento revolucionario (1910-1916) en la Constitución posrevolucionaria de 1917. El constitucionalista español Santiago Sánchez González, dice al respecto:

"La mayoría de las Constituciones que se promulgaron hasta finalizar la segunda Guerra Mundial, con la excepción de las de Querétaro, Weimar y las de los países comunistas, no reconocieron sino libertades y derechos individuales, de manera que la libertad de prensa siguió siendo considerada una libertad individual que protegía básicamente a los periodistas".<sup>381</sup>

En la opinión que emito a continuación, pretendo que las garantías individuales, puedan y deban interpretarse y ejercerse legítimamente, en relación con el bien público y las garantías las sociales, es decir, los intereses generales de la Nación y los de sectores más débiles de la sociedad. En nuestra Constitución se protegieron los de campesinos y asalariados en la primera instancia del constituyente original (artículos 27 y 123), y los de otros sectores o cuerpos sociales en momentos posteriores, como el de las mujeres (equidad de género artículo 4o.), derechos de los pueblos indios (artículo 2o. de la CPEUM) y otros.

Considero que el bien común de la sociedad y las garantías sociales que lo concretan protegiendo un valor social, enmarcan y pueden limitar las garantías individuales. Más específicamente, sostengo que no es sólo conveniente, sino necesario para fomentar el bien general en una sociedad democrática, y sostener reglas que propicien la equidad en las contiendas electorales, abonando ese bien.

Reconozco que la que se adopta en la sentencia es una posición que no pretende salir de la "Weltanschaung" liberal individualista, que considera a la libertad de expresión como un instrumento de los ciudadanos individuales para el control y la crítica de los poderes del Estado sin ser afectados por éste. Yo creo que es indispensable ir más allá de la interpretación liberal primaria. El tiempo que vivimos, es uno que exige plantear los modos de la realización amplia de los derechos humanos. Superar no quiere decir cancelar o abolir, sino trascender, buscando que además de los derechos individuales se beneficie al conjunto de la población y no sólo a quienes tienen los recursos para ejercerlo. Porque en nuestro tiempo, como dice el jurista antes citado:

Publicar, retransmitir o emitir (mensajes), requiere combinar las fuerzas de muchos profesionales y mucho dinero. Eso explica, en parte, la aparición de las grandes sociedades anónimas propietarias de medios, y la desaparición de las pequeñas empresas del sector. El funcionamiento del mercado impone tales condiciones materiales para desarrollar actividades periodísticas e informativas que sólo pueden soportarlas los más ricos.<sup>382</sup>

Tengo otra consideración previa a la emisión de mi opinión, que gira en torno del modelo de relación entre los medios masivos de información y los procesos electorales. La idea que se sugiere en la sentencia sobre la violación a la libertad de expresión, parece tener en el trasfondo —según interpreto— el modelo de relación que se ha desarrollado en los Estados Unidos. La reforma electoral de 2007, por su parte, parece tener como inspiración al modelo europeo, para definir esta relación.<sup>383</sup> El modelo estadounidense se caracteriza por permitir

<sup>381</sup> Sánchez González, Santiago, "El poder de la prensa y la libertad de prensa", *Estudios de Teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, t. III, p.1933, El profesor explica que usa el término "prensa", para referirse al medio tradicional de información, pero que en sus consideraciones incluye la difusión noticiosa que se hace en los medios masivos de información.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 1930.

<sup>383</sup> El tema se encuentra bien tratado en el trabajo del doctor César Astudillo, "El nuevo sistema de comunicación política en la reforma electoral de 2007", en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.),

la adquisición de espacios y tiempos en la radio y televisión para hacer propaganda política directamente por los partidos y por los candidatos.<sup>384</sup> En los países que siguen el modelo europeo, el Estado le otorga a los partidos y candidatos los tiempos de esos medios masivos de información para hacer propaganda electoral. En ambos modelos hay restricciones para la utilización de esos medios: en unos están vinculados a los límites de los gastos de campaña, y en los otros con la legislación de medios masivos de información de cada país, aplicada por el Estado.

En un estudio realizado por el organismo internacional IDEA, se muestra que en 71 países se establece que el acceso de los partidos y los candidatos a puestos de elección popular es a través de las prerrogativas públicas que les aporta el Estado, mediante diversas formas de asignación de los tiempos en los que se puede realizar la propaganda y con distinto tipo de restricciones. Por otra parte, ese mismo estudio reporta que en otros 40 países, no se contienen en sus legislaciones previsiones en cuanto a las relaciones de partidos y candidatos con los medios, con lo cual estos quedan en libertad de adquirir esos espacios en la televisión y en la radio, sean medios públicos o privados.<sup>385</sup> Los primeros están inspirados en el modelo europeo, los segundos en el modelo estadounidense.

## II. LA REFORMA ELECTORAL DE 2007: NUEVA RELACIÓN DE MEDIOS Y PROCESOS ELECTORALES

En cuanto al fondo de la demanda de amparo, los párrafos de la disposición constitucional que se objetan son los siguientes:

“Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión”.

“Ninguna 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 de mensajes contratados en el extranjero”.

A mi juicio la adición de esos párrafos hecha en 2007 al artículo 41 de la CPEUM, no establece una limitante a la libertad de expresión, sino una restricción al comercio. Se trata de una prohibición para que ninguna persona, física o jurídica, pueda comprar tiempo de radio y televisión para realizar propaganda política electoral, en México o en el extranjero. Dicho de otra manera, se saca del comercio la propaganda política electoral dirigida a influir en las preferencias de los electores, sea ésta favorable o desfavorable a los candidatos a cargos de elección popular. Es conveniente aclarar que esta disposición no pretende prohibir todo tipo de mensajes políticos, sino sólo los que tienen el propósito de influir en la voluntad de los votantes en procesos electorales. Cualquier mensaje político que se transmita para propiciar la defensa de los derechos humanos, o de la necesidad de que la ley permita la creación de candidatos independientes a puestos de elección popular, para usar dos ejemplos de posibles mensajes políticos, no estarían prohibidos por la disposición constitucional. Podríamos pensar en muchos otros mensajes políticos, *lato sensu*, que las personas físicas o morales

*Estudios sobre la reforma electoral de 2007*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, pp. 125-175.

<sup>384</sup> Se menciona frecuentemente a un tercer candidato en una elección presidencial norteamericana, Ross Perot, como comprador de espacios en televisión por un millón de dólares.

<sup>385</sup> La investigación de IDEA está referida en el trabajo de César Astudillo arriba citado y es *Funding of Political Parties and Electoral Campaigns*, International Institut for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), 2003.

pueden hacer contratando tiempos de radio y televisión. Los que quedan restringidos son los mensajes tendentes a favorecer o desfavorecer partidos o candidatos a cargos de elección popular. Es decir, se trata de una prohibición específica, no de una generalizada para todo tipo de mensajes políticos.

Nuestra legislación en diversos ámbitos contiene restricciones. Se sacan del comercio algunos bienes, servicios o actividades para proteger jurídicamente valores de interés general, como la vida humana, el medio ambiente limpio, la preservación de la biodiversidad, el manejo de la industria eléctrica y otras. En el caso de la restricción al comercio de los tiempos de radio y televisión para propósitos electorales, lo que se busca proteger en la nueva disposición es el valor de la equidad en los procesos de elección popular.

No es pues una restricción generalizada para transmitir todo tipo de mensajes políticos, ni en toda clase de medios. Aún en relación con la propaganda electoral, ésta puede ser hecha a través de diversos medios impresos o electrónicos, distintos de la radio y la televisión. La propaganda hecha a través de mítines, asambleas o visitas domiciliarias, o bien por otros medios como la prensa, por Internet, teléfonos celulares y otros medios no está prohibida o limitada. En diversos ámbitos de la sociedad y por distintos medios, se permite plena libertad de expresión, aún para atacar o favorecer en los procesos electorales a partidos o candidatos. Si éstos se prohibieran, como ocurre en los regímenes autoritarios o totalitarios, estaríamos en presencia de la violación de la libertad de expresión. Pero me parece que no es el caso de la mencionada adición al artículo 41.

Lo que pretende el legislador con esta restricción a la libertad de comercio, es propiciar condiciones de equidad en la competencia electoral. Sabemos que si todas las personas, físicas y morales, pudieran comprar tiempos en la radio y la televisión para impulsar o denostar partidos y candidatos, quienes tienen más recursos lograrían una ventaja enorme sobre los que tienen pocos o nulos recursos para comprar tiempos en esos medios, que son los más penetrantes en la sociedad y que difunden sus mensajes de manera gratuita para quien los escucha en sus receptores.

Aparentemente, lo que pretenden quienes invocan la violación de la libertad de expresión a través de éste y otros juicios de amparo como el que comenté, es que se aplique en México el modelo de información político electoral que existe en Estados Unidos. Y lo que el legislador mexicano pretendió con esta restricción al comercio, es empezar a desarrollar un modelo que existe en muchos y muy diversos países del planeta, en los cuales la utilización de la radio y la televisión para propósitos electorales tiene restricciones. En Japón, país que se considera tiene un sistema democrático, no hay sólo una restricción como la comentada, sino que existe una prohibición absoluta para utilizar la radio y la televisión y hacer propaganda electoral en esos medios. En países de Europa occidental como España, Francia o Alemania, que nadie puede tachar como no democráticos, se plantean en la legislación diversas restricciones a la utilización indiscriminada de la propaganda electoral por las personas físicas o morales. La difusión de esa propaganda se hace en tiempos y modalidades aportadas por el Estado en los medios mencionados.

### III. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 6o. de la CPEUM, establece la garantía de libertad de expresión en los siguientes términos: "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 a la información será garantizado por el Estado".

Se advierte claramente que la libertad de expresión puede ser regulada a fin de que no se dañen los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. El asunto del ataque a la moral, puede ser diversamente interpretado, si se considera que sólo

debe atenderse a la moral individual o a la moral social. En el caso que nos ocupa, pienso que la moral social exige que se establezcan reglas que propicien la equidad en el proceso electoral, sobre todo en una sociedad que padece grandes desigualdades como la nuestra. Es posible concebir que esa regulación puede ser menor en países cuyas poblaciones tienen condiciones de igualdad en el ingreso y en las oportunidades de acceso al empleo, a la educación y a muchos otros bienes y servicios. Y curiosamente, en sociedades con condiciones más igualitarias como las europeas, la regulación estatal de los medios masivos de información en relación con los procesos electorales, son mayores que en Estados Unidos.

En la edad de la información en que vivimos, la libertad de expresión tiene que ser reinterpretada, superando la concepción liberal individualista.

En cuanto a los poderes del Estado en México, podemos decir que ellos no están por encima de todos los otros poderes que existen en el seno de la sociedad. Compiten con los poderes estatales una serie “factores de poder”, como los llamaba Lassalle o de poderes fácticos como los llamamos ahora. Si estos poderes no se regulan y mantienen sus actuaciones en el marco de lo que la ley les autoriza, si superan las limitantes que un poder como el poder reformador de la Constitución les pone, estaremos entrando en una nueva forma de autoritarismo, que realizan los factores reales de poder.

Entre los poderes fácticos más arbitrarios en México, se ha desarrollado la del duopolio de la televisión privada, que controla ampliamente la difusión informativa en el país. Se ha desarrollado una telecracia, que ha superado en su poder a las burocracias partidarias, y que ha logrado que sus intereses se pongan por encima de los generales de la sociedad y de las garantías sociales que el Estado debe proteger.

La concesión de este amparo, abre a los poderes fácticos una forma inédita de invalidar decisiones del más alto órgano legislativo, el Poder Reformador, previsto en el artículo 135 de la CPEUM. Este poder debiera estar por encima de los tres poderes constituidos, porque tiene la facultad de regularlos, de organizarlos de la manera que considere más adecuada y de plantear los límites de su actuación, con disposiciones constitucionales. La sentencia que establece que a través de un juicio de amparo solicitado por un particular y conducido por un juzgado de Distrito puede declarar inconstitucional una reforma a la Constitución, me parece una sentencia errónea que abre a los poderes fácticos enormes posibilidades de intervenir en las decisiones para la conformación de la representación nacional.

Expongo un argumento para justificar lo que a mi juicio es una sugerencia infundada de la Suprema Corte:

Aceptando que la libertad de expresión es un principio de los que la teoría constitucional considera un principio esencial y por tanto inmodificable de la Constitución,<sup>386</sup> hay que especificar como lo hace Gustavo Zagrebelsky, que esa “no modificabilidad del <<núcleo>> fijo’ de la Constitución se refiere a los principios, y no a las modalidades concretas en que éstos se expresan”.<sup>387</sup> La modalidad de la libertad de expresión en un ámbito específico como lo es la propaganda político electoral, sólo en los tiempos de radio y televisión que el Estado proporcione a partidos y candidatos a través de los mecanismos que señala la ley.

Finalmente, me parece que esta controversia, apunta una razón más para establecer el referéndum institucional para modificar algunos los artículos constitucionales que se considere forman parte del núcleo esencial de la Constitución. Aplicando ese instrumento de la democracia semidirecta, después de la realización del procedimiento previsto en el artículo 135 de nuestra ley fundamental, se legitimarían referencialmente los cambios que se hicieran en partes fundamentales de ella, expresamente previstos.

<sup>386</sup> Se entiende que el núcleo fijo de la Constitución, lo integran las garantías individuales y sociales, que son incluidas en el concepto más actual de los derechos humanos, las decisiones políticas fundamentales (como la forma de gobierno, la democracia representativa), son inmodificables (principios intangibles).

<sup>387</sup> G. Zagrebelsky, “La Constitución y sus normas”, en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 77.