

## **VII. VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA\***

**C**oncurro con la resolución de la mayoría en el sentido de que el artículo 49, numeral 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales es constitucional pero por consideraciones distintas a las expuestas en la misma.

No podemos obviar que la discusión de asuntos públicos y el debate sobre las calificaciones de los candidatos a puestos de elección popular son parte integral para la operación del sistema de gobierno democrático establecido en nuestra Constitución.<sup>1</sup>

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, febrero de 2009, p. 1223; IUS: 40133.

<sup>1</sup> Ver el siguiente criterio jurisprudencial Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, mayo de 2007, tesis P.J. 24/2007, página 1522, cuyo rubro dispone: 'LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO.'

La idea misma de un régimen democrático y representativo descansa sobre la posibilidad de que los ciudadanos participen libremente en los procesos electorales para que ganen determinados candidatos y pierdan otros. Por lo que el pretender que los mismos no puedan participar u opinar para influir en las decisiones del mismo vacía de contenido a nuestro sistema político.

Ahora bien, la libertad constitucional de expresar ideas u opiniones debe incluir necesariamente la libertad constitucional de utilizar todos los medios de expresión, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas. Esto incluye necesariamente también los medios masivos de difusión, pues sería absurdo, que sólo la palabra hablada o escrita en forma individual estuviera constitucionalmente protegida, dejando al arbitrio de las autoridades o partidos políticos el uso de los medios masivos de comunicación modernos, como son la prensa, la radio, la televisión y el internet.

Considero que el ciudadano tiene el interés en recibir y procesar toda la información disponible sobre los antecedentes públicos y privados, las posturas ideológicas y políticas, de los candidatos a cargos de elección popular, ya que a final de cuentas se trata de personas por las cuales se votará para que representen sus propios intereses en los órganos de gobierno.

El debate de los asuntos públicos debe ser robusto y abierto y puede incluir comentarios vehementes y desagradables sobre los servidores públicos o los aspirantes a serlo. Por lo mismo, el nivel de información y madurez de un elector no

se puede mejorar por el simple hecho de impedírselle escuchar algo.<sup>2</sup>

En este sentido, el concepto de que el gobierno deba restringir la libre expresión de ciertos integrantes de la sociedad para mejorar la voz de los demás, así como la calidad del contenido del debate, es ajeno a una sociedad democrática.

Estimo, por tanto, que la libre expresión de ideas no puede depender de la capacidad financiera de un individuo para entablar un debate público.

En conclusión, considero que la libre expresión existe para asegurar la más amplia diseminación de información de las fuentes más diversas y antagónicas, por lo que resulta difícil justificar la prohibición que se hace para que el ciudadano pueda comunicar ciertos contenidos expresivos mediante el uso de determinados medios de comunicación.

Dicho lo anterior, y en atención a la determinación del Pleno de esta Suprema Corte respecto de la imposibilidad de analizar reformas constitucionales por la vía de la acción de inconstitucionalidad, no se puede desconocer que el artículo 41, fracción III, de la Constitución Federal incluyó una limitante a la libre expresión dentro del Texto Constitucional, consistente en la prohibición absoluta para que los particulares contraten propaganda en radio y televisión destinada a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor

<sup>2</sup> Ver la jurisprudencia localizable en Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, mayo de 2007, tesis P/J. 25/2007, página 1520, cuyo rubro dispone: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO."

o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.

Ahora bien, de la iniciativa de reforma constitucional en materia electoral, así como de los dictámenes de las comisiones de ambas Cámaras del Congreso de la Unión, se advierte que la reforma al artículo 41 constitucional tuvo la finalidad de evitar la mercantilización de la política y que el uso de dinero externo a los partidos políticos tuviese repercusiones sobre la equidad de la contienda electoral.

Si bien es cierto que existen medios menos taxativos para llevar a cabo el fin planteado por la reforma, no podemos desconocer el objetivo primordial planteado a efecto de evitar la mercantilización de los procesos electorales.

Considero entonces, que se justifica determinar cuál es el alcance de la limitante de contratar propaganda en radio y televisión para influir en las preferencias electorales de los ciudadanos y definir el alcance y contenido de ambos; tratando, en todo momento, de hacer una interpretación lo menos restrictiva del derecho a la libre expresión.

Por lo anterior, estimo que resulta necesario dotar de contenido al artículo 41, fracción III, apartado A), inciso g), párrafo tercero, constitucional, para determinar el alcance de la multicitada prohibición a la libre expresión. Es decir, corresponde a esta Suprema Corte el interpretar y adecuar la prohibición impuesta a la contratación de mensajes de propaganda en radio o televisión por particulares, a los contenidos esenciales del derecho a la libre expresión.

Para tales efectos, propongo el siguiente estándar de revisión para determinar qué se debe entender por propaganda contratada por particulares en radio y televisión:

1) El término propaganda sólo aplica a los mensajes de radio y televisión, cualquier otro medio de comunicación se encuentra excluido.

2) La transmisión debe haber sido contratada con el medio en cuestión y no transmitida libremente por éste.

3) Toda expresión política comprada por particulares en radio y televisión que no tenga repercusiones sobre la equidad de la contienda electoral, se encuentra excluida de la prohibición del artículo 41 constitucional, en atención al interés estatal relevante de evitar la mercantilización de la política y que el uso de dinero externo a los partidos políticos tuviese repercusiones sobre la equidad de la contienda electoral.

4) El término propaganda debe vincularse con una campaña política para mantenerse o acceder a cargos de elección popular.

La prohibición sólo se puede aplicar durante los procesos electorales y específicamente a partir del momento en que se han registrado los candidatos ante el órgano electoral correspondiente. Fuera de dichos tiempos no se justifica el interés estatal de garantizar la equidad entre fuerzas políticas, ya que aún no se sabe quiénes serán los contendientes.

5) El término propaganda presupone que la actividad que se lleva a cabo para dar a conocer alguna cosa tiene como

fin el convencer al público de las cualidades y ventajas que le reporta.

**6)** Para estimar que existe una intención de convencimiento de un mensaje contratado por particulares, y que por ende se le catalogue como propaganda, el mismo deberá hacer mención expresa de algún candidato o partido político, o utilizar imágenes o emblemas de los mismos. Las críticas o apologías que se hagan a ideologías, ideas, plataformas políticas u otros conceptos similares no son susceptibles de ser censurados.

**7)** Cualquier relato histórico o de hechos sobre determinados partidos políticos o candidatos no entra dentro de la referida prohibición. La acción de difundir determinada información para garantizar que la ciudadanía conozca el perfil y las acciones de aquellos que pretenden gobernarlos no puede estimarse como propaganda política. Lo anterior no precluye la posibilidad de impugnar la veracidad de lo relatado ante las instancias jurisdiccionales correspondientes.

Una vez dicho lo anterior expongo las razones por las cuales considero que el artículo 49, numeral 3), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales es constitucional, a pesar de que en el mismo se amplían las limitaciones establecidas constitucionalmente para el acceso a la radio y televisión en materia electoral. Dicho precepto dispone:

"Artículo 49.

"...

"Los partidos políticos, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, en ningún momento podrán contratar o

adquirir, por sí o por tercera personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Tampoco podrán contratar los dirigentes y afiliados a un partido político, o cualquier ciudadano, para su promoción personal con fines electorales. La violación a esta norma será sancionada en los términos dispuestos en el libro séptimo de este código. ..."

Si bien es cierto que no existe alguna referencia expresa a una prohibición para la contratación de propaganda para precandidatos o candidatos en el Texto Constitucional, también lo es que de declararse la inconstitucionalidad de dicho precepto se estaría desconociendo el fin estatal reconocido expresamente de proporcionar equidad a los partidos políticos durante la contienda electoral.

De tal suerte que los precandidatos o candidatos, además de la publicidad que tendrían debido a la contratación que haría el IFE por los partidos políticos que los postulan, podrían contratar, por sí mismos o por medio de terceros, publicidad en radio y televisión.

En este sentido, considero difícil sostener la existencia de un interés estatal que justifica la constitucionalidad de normas que silencian a los ciudadanos en aras de una cierta equidad en los procedimientos electorales, pero desconocer el mismo al permitir que un candidato lo pueda realizar, rompiendo así automáticamente con cualquier principio de equidad al anunciar libremente en la radio y televisión, razón por la cual me apego al voto de la mayoría.

Nuestro análisis de constitucionalidad, y por ende nuestro estándar de escrutinio, no puede partir de la premisa de que

las únicas limitantes válidas a un derecho fundamental son aquellas que se encuentran previstas expresamente por el Texto Constitucional, sino de si las mismas cumplen con algún interés estatal relevante que encuentra una justificación racional.

Asimismo, los precandidatos y candidatos son miembros de los partidos políticos por lo que la prohibición de contratación de radio y televisión del artículo 41, fracción III, apartado A, inciso g), párrafo segundo, constitucional les resulta aplicable a todas luces.

Por otra parte, la prohibición de contratación para los dirigentes y afiliados a un partido político, o cualquier ciudadano, para su promoción personal con fines electorales, no encuentra referente en la prohibición de contratación de tiempos de radio y televisión para particulares con el fin de promover el voto a favor o en contra de determinado partido o influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, prevista en el artículo 41, fracción III, apartado A, inciso g), tercer párrafo, constitucional.

Lo anterior es así, ya que si bien es cierto toda contratación para promoción personal con fines electorales tendrá forzosamente un impacto sobre las preferencias políticas del electorado, dicho impacto debe darse en el sentido de que se mande un mensaje en favor o en contra de determinado candidato o partido, según el texto mismo del multicitado artículo 41 constitucional.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> El texto dice: "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."

Por tanto, el artículo 49, numeral 3o., debe ser interpretado en el sentido de que se permite cualquier promoción personal con fines electorales siempre y cuando ésta no se encamine a apoyar o denostar las diversas opciones políticas que se encuentran disponibles.

Se puede argumentar que el solo hecho de que un ciudadano se promocione electoralmente, representa en automático un rechazo a las opciones políticas existentes o que al estar en un sistema en el que los partidos políticos tienen el monopolio de las candidaturas, resulta ocioso que particulares hagan promoción electoral.

No obstante, los anteriores argumentos, además de ser restrictivos del derecho a la libre expresión, obvian que la promoción personal es la única manera de darse a notar y que posiblemente un partido político se fije en su persona para ser candidato. Asimismo, una determinada persona puede ser una opción viable para aquellos electores que determinen no votar por alguna opción política reconocida por el IFE y así demostrar su descontento con el *status quo*.

Cabe agregar que la prohibición a los dirigentes y afiliados a un partido político para contratar tiempo de radio y televisión deriva directamente del artículo 41, fracción III, apartado A, inciso g), segundo párrafo, constitucional, ya que los partidos políticos a los cuales pertenecen no lo pueden hacer. Es decir, si el partido político no puede contratar los referidos espacios, se sigue, por mayoría de razón, que sus miembros tampoco pueden hacerlo.

Es por lo anteriormente expuesto que, a pesar de compartir la necesidad de realizar una lectura restrictiva de la

prohibición constitucional para que los particulares contraten propaganda política, he decidido votar con la mayoría para reconocer la constitucionalidad del artículo 49, numeral 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.