

## APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL

Saúl MANDUJANO RUBIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Límites a la libertad de expresión en materia electoral*. III. *Campañas negativas y libertad de expresión*. IV. *Medidas cautelares en materia electoral y campañas negativas*. V. *La apariencia del buen derecho como presupuesto para la declaración de medidas cautelares*. VI. *Ejercicio reflexivo*. VII. *Consideración final*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Amerita introducir el texto con una referencia al pensamiento jurídico del ilustre y querido maestro Jorge Carpizo McGregor, de acuerdo con su punto de vista, entre los diversos derechos humanos no puede existir enfrentamiento o conflicto alguno, sino armonía y compatibilidad que deben precisar las Constituciones, los tratados internacionales, las leyes y las tesis jurisprudenciales.<sup>1</sup>

En virtud de su naturaleza y sus características, dicha armonía y compatibilidad es importante para no vulnerar, infringir o anular los derechos y libertades de otra u otras personas. Sostiene el doctor Carpizo que si nos auxiliamos con lupa veremos que ese aparente conflicto es solo un asunto de armonización de derechos y, desde esta perspectiva, no existe jerarquía superior entre los derechos a la vida privada y a la información, sino que examinándose el caso concreto, el juez decide qué precepto constitucional y legal debe aplicar a dicho asunto. Toca al juez respetar el marco constitucional, convencional y legal que armoniza los diversos derechos humanos.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 25.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 26.

Establecer con claridad que no existe conflicto o pugna entre los derechos humanos reviste un significado particular para su comprensión y su protección efectiva. Entre los derechos humanos no existen jerarquías, lo que acontece es que el juez aplica las disposiciones normativas que los rigen, incluyendo las “limitaciones” a esos derechos, armonizando al caso concreto dos derechos humanos; en el supuesto específico que nos servirá de estudio, el derecho de la vida privada y el de la libertad de expresión o derecho a la información en su acepción actual.<sup>3</sup>

Orientado al análisis de la libertad de expresión en materia electoral, mediante la reflexión derivada de casos prácticos y de la postura interpretativa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TE-PJF), se expone de qué manera se aplican las medidas cautelares a partir de la apariencia del buen derecho. Tal como lo hace el doctor Carpizo, se sostiene en el texto que no existen antinomias entre los derechos humanos. Se trata de lograr la armonía en su ejercicio a partir de una correcta aplicación de sus límites, pues es indudable que el contenido esencial de un derecho impone límites a su ejercicio. Son límites intrínsecos al derecho, distinto a los que pueden venir del ejercicio de otro con el que en apariencia puede entrar en colisión.<sup>4</sup>

Mediante la aplicación de medidas cautelares se pretende en materia electoral conseguir la armonía entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho a la vida privada. De frecuente uso en las campañas electorales, las expresiones que ofrecen información sobre la vida privada de candidatos pueden ser objeto de una medida cautelar que implique su retiro de la propaganda política y los medios de comunicación. En el texto se aborda esta problemática a partir de criterios sostenidos en la apariencia del buen derecho y el peligro de demora. No pasa por alto insistir que en todo caso se afirma que no existe conflicto entre los derechos fundamentales, porque es cuestión de armonizarlos en forma correcta.

## II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL

En el contexto de las instituciones políticas, la libertad de expresión es un derecho que ha sentado las bases para transformaciones institucionales de

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 29.

gran envergadura. Por un lado, es un derecho que tiene valor en sí mismo en virtud de los bienes que encarna, por el otro, se trata de un derecho que tiene un valor instrumental en la medida que su garantía efectiva es una condición esencial del Estado constitucional democrático. La libertad de expresión permite la recreación constante de un debate “desinhibido y abierto”, indispensable en la consolidación de la convivencia democrática.<sup>5</sup>

Para ejercer la libertad de expresión es pertinente contar con los canales adecuados. Distintos tribunales constitucionales han señalado que esta libertad exige el derecho de acceder a medios de comunicación plurales y abiertos, en tanto que son los instrumentos necesarios para darle viabilidad. Como lo afirma Miguel Carbonell, 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 de manera directa, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.<sup>6</sup>

Dado que la democracia requiere de un debate desinhibido y robusto, la libertad de expresión en los asuntos políticos debe ser abierta. De hecho, la alta estimación a esta clase de libertad ha generado un estándar judicial que ha sido recogido por los tribunales mexicanos en el sentido de ser especialmente exigentes para aceptar limitaciones.

Tal como lo sostiene la Sala Superior del TEPJF, en el marco de las contiendas electorales debe privilegiarse una interpretación favorecedora de la libertad de expresión, a fin de evitar el riesgo de restringir indebidamente ese derecho fundamental. Postura adoptada de manera decisiva, la trayectoria interpretativa de la Sala Superior sostiene la tesis de la maximización. Al ejercer esta clase de prerrogativas en el ámbito del debate político, la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto aporten elementos para la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, no transgrede la normativa

<sup>5</sup> Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 4.

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 55.

electoral siempre que no rebase el derecho a la honra y la dignidad reconocidos como derechos fundamentales, lo que, se entiende, será ponderado caso a caso.<sup>7</sup>

En el ámbito de la competencia electoral, la libertad de expresión permite socializar mensajes de contenido político, difundir programas, ideologías y plataformas, confrontar ideas y propuestas de campaña, ejercer la crítica hacia los miembros de la clase política y los partidos políticos, debatir en torno a los resultados de la gestión pública, transmitir spots con voces e imágenes propagandísticas, enviar información con contenido electoral, entrar en diálogo directo con los candidatos y sus partidos y, en el extremo, posibilitar la expresión de las preferencias políticas mediante el ejercicio directo del sufragio.<sup>8</sup>

Según lo expresa César Astudillo, es en el contexto de las campañas electorales donde el ejercicio de la libertad de expresión se agudiza e intensifica para permitir el flujo más amplio de información entre los ciudadanos y los candidatos a cargos de elección popular. En el ámbito del debate político, frente a juicios valorativos, afirmaciones o apreciaciones producto de la confrontación política, la libertad de expresión adquiere otra dimensión pues contribuye a la discusión de temas de interés público dentro de una sociedad democrática. No se trata de una libertad más, sino de un pilar y fundamento del orden político en tanto condición necesaria para el mantenimiento y consolidación de las instituciones democráticas. Lo anterior no significa que la libertad de expresión sea jerárquicamente superior a otras libertades, en realidad, es cuestión de ponderar la función que desempeña cuando coexiste con otros derechos y libertades, a fin de no desnaturalizar su contenido ni su relevancia.<sup>9</sup>

Siendo prerrogativa fundamental reconocida y garantizada por las Constituciones de la mayoría de los países democráticos o en vías de democratización. Igualmente reconocida 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, la libertad de expresión plantea en su ejercicio ciertos dilemas para resolver en la práctica: ¿es válida cualquier forma de expresión? Si no es

<sup>7</sup> Véase Jurisprudencia 11/2008, LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO, *Gaceta Jurisprudencia y tesis en materia electoral*, año 2, núm. 3, 2009, p. 20.

<sup>8</sup> Astudillo, César, “La libertad de expresión en el contexto del modelo de comunicación político-electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 3, enero-junio de 2013, p. 8.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 10.

así, ¿cuáles son sus límites?; si hay límites, ¿es un derecho que se puede cooptar?<sup>10</sup>

Tema polémico en el debate constitucional contemporáneo, por tratarse de un derecho fundamental que tiene un valor especial en sí mismo, los límites a la libertad de expresión provocan distintos posicionamientos. Algunos sostienen que no puede limitarse salvo en casos de verdad extremos y excepcionales, mientras otros afirman que una adecuada limitación constituye, incluso, una precondition de la misma. Toda vez que entre los derechos fundamentales no hay conflicto, al igual que el resto de los valores positivos, la libertad de expresión debe conjugarse con otras libertades y derechos para lograr su armonización.

Del mismo modo que otras libertades o derechos, la libertad de expresión encuentra una regulación normativa con limitaciones e incluso prohibiciones puntuales. Desde la óptica de foros internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, una regulación adecuada de la libertad de expresión que impone límites a su ejercicio, puede constituir una manera de fortalecerla. Acorde a lo dispuesto en los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se prevé que la libertad de expresión puede limitarse, cuando sea necesario, para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública. En términos del artículo 32 de la CADH los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Respecto de los límites a la libertad de expresión en materia electoral, la reforma constitucional de 2007 ubicó el tema como uno de los ejes de debate. Después de la controvertida elección presidencial de 2006, casi todos los actores políticos relevantes estuvieron de acuerdo en que la regulación de este derecho era uno de los objetivos centrales del proceso de reforma.

Susceptible de ser limitado, el derecho a la libertad de expresión se rige en principio por lo dispuesto en el artículo 41 constitucional, fracción III, apartado C. El precepto dispone que “en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”. Interpretado con mucha cautela, el dispositivo consti-

<sup>10</sup> Roldán Xopa, José, *Libertad de expresión y equidad: ¿la Constitución contra sí misma?*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 7.

tucional suscita algunos comentarios. De acuerdo con las condiciones propias de la contienda electoral en nuestro país, parece razonable que el actual modelo prohíba la denostación de instituciones y partidos políticos y la calumnia de los candidatos, en virtud de que la Constitución no puede privilegiar un “derecho al insulto”. Sin embargo, se deja a los órganos jurisdiccionales la última palabra para fijar los límites al contenido de la libertad de expresión. Corresponde a los tribunales y a las autoridades administrativas en la materia no restringir en exceso las expresiones en una contienda electoral.<sup>11</sup>

Cautelosos de manera particular con la disposición constitucional que impone límites a la libertad de expresión, en el control judicial los tribunales han acuñado técnicas que someten a una estricta revisión aquellas prácticas restrictivas a esta clase de libertad. Buscando maximizar su ejercicio, la técnica de la revisión estricta se ha adoptado de forma especial por el Tribunal Electoral de la Federación. Dado que las restricciones constitucionales son indeterminadas, solo pueden determinarse en función de un caso concreto. Ello implica que el órgano jurisdiccional tendrá que ser cuidadoso de no afectar injustificada o arbitrariamente esta libertad. De hecho, la técnica de revisión estricta se vincula con un mandato de interpretación expansiva de los derechos político-electorales contenido en criterios jurisprudenciales del propio Tribunal Electoral.<sup>12</sup>

Como sucede con los demás derechos fundamentales, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, su restricción puede contemplarse en diferentes supuestos. De acuerdo con el artículo 6o. constitucional, la manifestación de las ideas podrá restringirse en los casos de ataque a la moral, a la vida privada o a los derechos de terceros; provoque algún delito o perturbe el orden público. En términos de la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se trata de límites tasados y directamente especificados. Si la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, ninguna ley ni autoridad puede establecer censura previa. Esto implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir su desarrollo.

<sup>11</sup> Hurtado Gómez, Ignacio, *Libertad de expresión y equidad electoral: el caso de Iridia Salazar*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 24.

<sup>12</sup> Véase Jurisprudencia 29/2002, “Derechos fundamentales de carácter político electoral. Su interpretación y correlativa aplicación no debe ser restrictiva”, *Compilación 1997-2010: jurisprudencia y tesis en materia electoral*, vol. 1, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 254.

Por supuesto, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio.<sup>13</sup>

Acorde con lo anterior, el artículo 7o. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión, al establecer que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de la propia Constitución, es decir, el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. Este derecho no puede restringirse por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares.

Cuando se impuso como límite a la propaganda política y electoral el uso de expresiones que denigren a las instituciones y a los partidos o que calumnien a las personas, en armonía con el artículo 6o. constitucional en cuanto al respeto a los derechos de terceros, al difundir su propaganda los partidos deben actuar con respeto a la reputación y vida privada de los candidatos, así como a la imagen de las instituciones y de los otros partidos políticos. Sin embargo, en el caso de las campañas negativas tanto en el control judicial como en la doctrina se condena la censura previa. En el debate público electoral es preferible correr el riesgo de que candidatos, partidos y medios se extralimiten en los contenidos de la propaganda y sus manifestaciones, a poner candado a la libertad de expresión mediante previa censura de materiales por transmitir.

El límite a la libertad de expresión está en la dignidad, reputación y honra de las personas afectadas, ese límite no puede implicar una exigencia de veracidad tratándose de apreciaciones, opiniones o juicios de valor. Preciado por la interpretación de la Sala Superior del TEPJF respecto del artículo 38, párrafo 1, inciso p), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), lo dispuesto en el precepto tiene por objeto excluir del ámbito de protección normativa aquellas críticas, expresiones, frases o juicios de valor que solo persiguen o tienen como resultado la denostación, la ofensa o la denigración.

Para establecer un límite a la libertad de expresión, no es necesario el empleo de términos que, en sí mismos, constituyan diatriba, calumnia,

<sup>13</sup> Véase Tesis jurisprudencial 26/2007, “Competencia auxiliar en el juicio de amparo. La presentación de la demanda de garantías ante un juez de primera instancia en donde no radica un juez de distrito no requiere que el acto reclamado sea de los contenidos en el artículo 39 de la ley de la materia”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en: [http://www.scjn.gob.mx/Primera\\_Sala/Tesis\\_Jurisprudenciales/TesisJurisprudenciales20071212.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/Tesis_Jurisprudenciales/TesisJurisprudenciales20071212.pdf) (consultada el 20 de septiembre de 2013).

injuria o difamación, en otras palabras, sí el límite a esta clase de libertad es la afectación de la dignidad, la honra o la reputación de las personas, no tiene protección constitucional ni legal aquella expresión que tenga por objeto o desenlace el denuesto o la denigración de otro. Dicho de otra manera, el límite no exige que haya finalidad o intencionalidad, queda también excluida una expresión que, sin buscar denostar o denigrar, tenga esa consecuencia. En efecto, no se requiere el uso de vocablos que intrínsecamente constituyan diatriba o difamación, puede darse el caso de términos que lo sean solo en su contexto.<sup>14</sup>

Distinción fundamental en términos de la protección constitucional, la Sala Superior del TEPJF sostiene que las afirmaciones de hecho falsas, erróneas o incorrectas no gozan de cobertura por la norma, a diferencia de los juicios de valor y afirmaciones ciertas. Debe insistirse que la protección constitucional y legal se rige por parámetros distintos. Mientras la veracidad es requisito para tutelar las afirmaciones, no lo es tratándose de opiniones, ideas o juicios.

Según lo plantea la Sala Superior del propio TEPJF, corresponde a la libertad de expresión una “dimensión social”, pues no se trata solo de un derecho individual a expresarse, sino que tal derecho individual va de la mano de un derecho colectivo a recibir información y a conocer la expresión ajena, debiendo protegerse ambas dimensiones en forma simultánea. En efecto, la libertad de expresión no puede circunscribirse a proteger la posición de quien participa en el foro público, debe también extender su cobertura a quienes son receptores del mensaje. Proteger la libertad de expresión amerita considerar no solo la naturaleza del discurso expresado o el carácter de las expresiones proferidas, sino, también, por ejemplo, la identidad de quien se expresa, el entorno institucional en que se producen las expresiones o el medio a través del cual se difunden, ya sea un medio impreso, o bien, medios electrónicos de comunicación.<sup>15</sup>

Sin dejar de ser un derecho de las personas, la libertad de expresión también tiene un valor social por ser condición de la propia democracia constitucional. De ahí que en ciertas circunstancias sea legítimo imponerle límites y restricciones a su ejercicio. Estos límites serán bienvenidos en la medida que pueda lograrse la armonía con otros derechos fundamentales. No es fácil determinar cuándo es correcto imponerlos y en

<sup>14</sup> Madrazo Lajous, Alejandro, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 284.

<sup>15</sup> Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación SUP-RAP-31/2006 y SUP-RAP-34/2006, véanse en *ibidem*, pp. 23-258.



qué medida se justifican. En materia electoral, como en otros ámbitos, se trata de establecer algunas coordenadas generales que constituyen limitaciones explícitas y que, en su momento, podrán aplicarse a un caso concreto en el que la situación se materialice. Por ejemplo, en las sociedades democráticas se limitan aquellas expresiones que constituyan incitación a la discriminación, la hostilidad, el odio o la violencia. También pueden limitarse expresiones homofóbicas como lo hizo recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Aunque en algunos estados no existan disposiciones legales explícitas sobre los límites a la libertad de expresión, la mayoría de los Estados democráticos aceptan imponerle restricciones cuando se lesionan derechos fundamentales de manera grave o en situaciones excepcionales que puedan poner en riesgo la estabilidad y la paz social. El problema es que la imposición de esas limitaciones supone ejercicios de ponderación en cada caso concreto. Ese ejercicio es realizado de manera normal por los órganos jurisdiccionales y constituye una verdadera prueba de fuego poner en una balanza, por una parte, la libertad de expresión y, por la otra, otros principios, instituciones y derechos, como el derecho a la vida privada.<sup>16</sup>

### III. CAMPAÑAS NEGATIVAS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En buena medida la forma que asume la campaña electoral determina su contenido, posibilita ciertas estrategias y cancela otras, fomenta un tipo de discurso político o inhibe posturas alternativas. Una aportación del legislador es la pretensión de que los partidos políticos y sus candidatos realicen campañas reflexivas y propositivas, por tal motivo, tanto la propaganda electoral como las actividades de campaña deberán propiciar la exposición, desarrollo y discusión ante el electorado de los programas y acciones fijados en sus documentos básicos, de manera particular en la plataforma electoral que hubieren registrado.

A pesar de la exhortación es una práctica común en las contiendas electorales desacreditar al adversario. En distintos países un alto porcentaje de los gastos utilizados por asociaciones “independientes” están dedicados a desprestigiar al contendiente. De hecho, se crean grupos con el fin de “hacer el trabajo sucio” desplegando mensajes en especial virulen-

<sup>16</sup> Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión...*, cit., p. 20.

tos. Ahora bien, los efectos reales y duraderos de este tipo de campañas pueden evaluarse de distinta manera.

Con relación a las campañas negativas se han manifestado posturas a favor y en contra. En principio no existe duda para condenar las “campañas negras o sucias”, aquellas referidas de manera básica a las ofensas, calumnias, denigración e intromisión en la vida privada de los candidatos en forma ajena con los asuntos públicos. De acuerdo en regular las campañas que incurren en descalificaciones o en la divulgación de aspectos estrictamente personales para propósitos electorales, buena parte de la doctrina insiste en distinguir las campañas sucias de las campañas negativas. No es lo mismo una campaña que calumnia respecto de aquella que lanza ataques al adversario a partir de su trayectoria e información verídica y fidedigna. La campaña negativa puede estar relacionada con hablar sobre los defectos del otro en lugar de hacerlo sobre las bondades del candidato propio.<sup>17</sup>

Nadie puede sostener que sea de poca importancia respetar el honor de las personas, tampoco negar la trascendencia de que exista información veraz en los spots y propaganda electoral. Aunque haya partidarios de la difamación y la desinformación, nunca podrán presentar esto como un valor, ni siquiera bajo el argumento de la pluralidad. No es correcto desinformar o difamar a sabiendas, tales actos no pueden considerarse valiosos. Ahora bien, si estamos entonces ante un derecho cuya afectación puede estimarse grave y frente a fines cuya persecución consideramos significativa, la instrumentación legislativa estará justificada siempre y cuando exista un equilibrio entre ambos o que la valoración de los fines se imponga sobre la limitación del derecho. Lo delicado es darle poder a un órgano para fiscalizar aquel tipo de expresiones que sospeche encuadren en la calumnia o denigración, pues ese poder discrecional puede convertirse en la causa de que expresiones legítimas sean prohibidas al aplicar la ley. Cuando se ponderen límites a la libertad de expresión en materia electoral, la autoridad administrativa o el órgano jurisdiccional deben establecer con todo cuidado el umbral para calificar que un caso específico denigra o calumnia, si en realidad no lo hace.<sup>18</sup>

Quizás es necesario reconocer que los mensajes políticos destinados a destacar los defectos en el programa, los antecedentes e incluso la per-

<sup>17</sup> Crespo, José Antonio, “Modelo de comunicación y campañas negativas”, en Alcocer, Jorge y Córdova, Lorenzo (comps.), *Democracia y reglas del juego*, México, Nuevo Horizonte Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 105.

<sup>18</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, “Regulación de campañas y libertad de expresión”, en *ibidem*, p. 100.

sonalidad y la trayectoria de los adversarios sufren de muy mala estima entre la opinión pública. Las encuestas de opinión reportan cómo la gran mayoría de los ciudadanos dicen preferir las campañas basadas en propuestas y que se vuelven críticos de los mensajes que enfatizan el ataque. De hecho, diversos analistas, intelectuales y periodistas reaccionan escandalizados ante las acusaciones que los candidatos realizan entre sí.<sup>19</sup>

Sin compartir ese punto de vista, Temkin y Salazar consideran que las prohibiciones a contenidos determinados atentan contra el derecho básico a la libertad de expresión. Apuntan que los mensajes carentes de propuestas no necesariamente son negativos. Pueden ser, incluso, un recurso de escrutinio público sobre la trayectoria política de candidatos o partidos. Sostienen los autores que en el debate alrededor del tema, suelen omitirse los efectos benéficos que los mensajes negativos podrían tener sobre el funcionamiento de la democracia y, por otro lado, se sobreestiman los efectos nocivos que se les imputan. En ese debate, los autores no están a favor de las campañas negativas, sino en contra de su prohibición, porque lo que está en juego es la libertad de expresión.<sup>20</sup>

Contra la visión dominante en la materia, puede citarse que los mensajes negativos podrían tener efectos positivos sobre el funcionamiento de la democracia. Si para proteger la reputación de los políticos contra críticas infundadas, prohibimos todo tipo de críticas, eliminamos un fuerte incentivo para que éstos se muestren responsables en la gestión.

Cuando en una campaña negativa los objetivos del ataque son figuras o instituciones públicas, es importante reconocer que pueden ser tratadas de manera diferente a como son tratados los individuos particulares. En pocas palabras, la persona que participa en la vida política sabe y debe saber que se expone a la luz pública y que su comportamiento será más examinado y cuestionado que el comportamiento de cualquier otro individuo. Bajo tal perspectiva, en los ataques y críticas pueden aplicarse otros criterios de valoración, distintos de los que se utilizan para juzgar en condiciones generales la violación a los derechos de terceros.

De hecho, si a los políticos les interesa cuidar su reputación es porque saben que el futuro de sus carreras depende de ella. Esta preocupación puede ser utilizada para mejorar su comportamiento y desempeño en el cargo público. Un funcionario podría abstenerse de tomar decisiones particularmente irresponsables o abusivas si sabe que después será cri-

<sup>19</sup> Temkin Yedwab, Benjamín y Salazar Elena, Rodrigo, *Libertad de expresión y campañas negativas*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 12.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 8.

ticado y mermando en las perspectivas de promoverse ante la opinión pública. Proteger la reputación de los políticos no puede ser a costa de la libertad de expresión.<sup>21</sup>

A todos nos interesa aquella información relevante sobre los antecedentes de los candidatos, ya sea relativa a su disposición para cumplir las promesas de campaña, su posicionamiento en temas controvertidos, sus cualidades, su tolerancia a la corrupción y, entre otros, su pertenencia a determinados grupos políticos. También es pertinente saber si las propuestas son objetivas, viables y socialmente oportunas. Por tal motivo, los mensajes negativos pueden tener para los electores el mismo contenido informativo que los mensajes centrados en la propuesta. De hecho, los anuncios negativos llegan a tener más contenidos fácticos que los anuncios positivos. La razón es muy simple, cuando se descalifica a alguien es un requisito argumentativo exponer las razones del cuestionamiento y explicar qué cosas ha hecho mal la persona señalada.

Es claro que la propaganda de los partidos políticos y candidatos no reviste siempre un carácter propositivo. Puede considerarse en principio que su naturaleza es precisamente esa, esto es, que la publicidad política busque colocar en las preferencias electorales a un partido o candidato, un programa o ideas, íntimamente ligadas a la campaña destinada a influir a favor o en contra de aquellos. Sin embargo, cuando asumimos que los gobernantes, autoridades, actores políticos y candidatos están sujetos a la aceptación de una crítica severa en un marco de apertura, pluralismo y tolerancia de ideas y opiniones, sin que ello signifique un obstáculo para disenter de ella, es válido en una contienda electoral desacreditar al adversario. En tal caso, la estrategia de campaña puede apoyarse en la intención de desalentar el voto ciudadano a favor del partido y candidato opositor, antes de colocar en las preferencias electorales a un candidato propio.

Está justificado en el debate utilizar un lenguaje fuerte y vehemente, también es cierto que no es admisible la calumnia de las personas. Desde luego resulta alentador que la legislación intente limitar el uso de propaganda negativa, pero es grave que intente prohibirse. Si en la mayor parte de los sistemas democráticos el debate político suele ser muy ríspido, es inconsistente limitar en exceso el contenido del mensaje. Una cierta dosis de mensajes negativos es inevitable y sano en todo sistema democrático, pues en la medida que la competencia es real los contendientes apelan a todo tipo de emociones posibles en los votantes, por lo mismo, en la

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 19.

democracia debe asumirse la capacidad básica de los ciudadanos para decidir su voto con base en el propio entendimiento de los mensajes que reciben, sean positivos o negativos.

Tanto en la doctrina como en los órganos jurisdiccionales se estima que los argumentos en contra de los mensajes negativos no son lo suficientemente fuertes como para justificar limitaciones adicionales a la libertad de expresión de las ya contempladas en los artículos 6o. y 41 constitucionales. De hecho, las restricciones parecen razonables en la medida que se intenta preservar la integridad de los ciudadanos. De cualquier modo, para incrementar la calidad del debate político no es pertinente prohibir o limitar en exceso los mensajes negativos. Junto con los mensajes propagandísticos que privilegian las propuestas y los programas, es oportuno utilizar los que destacan las debilidades del oponente.

#### IV. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA ELECTORAL Y CAMPAÑAS NEGATIVAS

Resulta común ubicar a las medidas cautelares dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En términos generales, la medida cautelar tiene como finalidad asegurar la efectividad de una eventual sentencia que se pronuncie en un juicio, así como evitar que durante el proceso puedan producirse daños y perjuicios de imposible o difícil reparación para el agraviado. De carácter instrumental, la medida cautelar sigue la suerte de la pretensión principal, desde el principio hasta el final.<sup>22</sup>

De vigencia temporal que pierde su eficacia cuando se dicta la sentencia, ya sea reconociendo el derecho o negando su existencia, la medida cautelar perderá su propósito cuando ya no existan efectos que requieran ser asegurados. En la materia electoral la determinación de las medidas cautelares no amerita una resolución judicial, por ser también de potestad administrativa. Pueden ser dispuestas por el Instituto Federal Electoral (IFE) dentro del procedimiento especial sancionador.

Providencia instructora anticipada que sirve para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución, lo urgente en la medida cautelar no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz. No se trata de acelerar la satisfacción

<sup>22</sup> De Alba de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, México, Porrúa, 2011, p. 64.

del derecho controvertido, sino solo suministrar de manera anticipada los medios idóneos para conseguir que la decisión principal o la ejecución forzada de esa decisión se produzcan en condiciones más favorables.

Uno de los elementos que justifican de forma razonable el otorgamiento de una medida cautelar es el peligro de demora. Si recurrimos a la materia de amparo, la suspensión tiene como efecto evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso. Es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreparable está en la lentitud propia e inevitable del proceso mismo. En efecto, la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute, precisamente, una pretensión de quien sufre el daño o su amenaza.<sup>23</sup>

Con base en lo anterior quien juzga se encuentra obligado a realizar un análisis detallado para calcular los posibles daños que pueden ocasionarse en diversos aspectos de un proceso principal, en caso de que la medida cautelar no sea concedida en el momento en que sea solicitada. Para que la medida provisional se justifique razonablemente y desplace al debido proceso, el daño provocado por la demora en el juicio principal debe traducirse en una afectación irreparable o difícilmente reparable.

Presupuesto inherente a toda medida cautelar es el *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, de cuya naturaleza participa la suspensión. Dicho de otro modo, para el otorgamiento de la medida provisional debe tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho subjetivo que se dice violado. Principio doctrinal seguido por la SCJN el *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, considera que el derecho legítimamente tutelado de quien solicita la suspensión existe y le pertenece, aunque sea en apariencia. Es cierto que la apreciación necesaria sobre el buen derecho del promovente anticipa el fondo del juicio principal, pero no hay que olvidar que lo adelanta solo provisionalmente, es decir, sin prejuzgarlo. No lo anticipa más que en la propia concesión de la suspensión, que siempre tendrá un carácter temporal, sin más efecto que mantener las cosas en el estado en que se encuentran. En el peor de los casos retarda la ejecución del acto de autoridad pero salvaguardando la materia del juicio constitucional que siempre, de una forma u otra, versa sobre el respeto de los derechos públicos subjetivos de los gobernados.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>24</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La apariencia del buen derecho*, México, Themis, 1996, p. 32.

Al conceder una medida cautelar el juzgador debe realizar un estudio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva, pues el hecho de que anticipe la probable solución de fondo del juicio principal, es un adelanto provisional, solo para efectos de la suspensión. Existen presupuestos legales y jurisprudenciales que el juez o autoridad deben constatar para otorgar la suspensión o medida cautelar:

- Que lo solicite el agraviado.
- Que no genere perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.
- Que sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

Del mismo modo que en otras disciplinas, los presupuestos de las medidas cautelares en materia electoral son las razones por las cuales se justifica que en un proceso pueda afectarse a la parte ofendida sin haberse dictado sentencia, conciliando dos de los principios frecuentemente opuestos en los litigios: la eficacia (tutela efectiva) y el debido proceso legal (lentitud). Las providencias precautorias se presentan entonces como una conciliación entre los dos principios mencionados. Ahora bien, para que el principio de eficacia sea preferente sobre el del debido proceso legal, el daño provocado por la demora en el juicio debe traducirse en una afectación irreparable o difícilmente reparable. De ahí la importancia del peligro en la demora y la apariencia del buen derecho.<sup>25</sup>

Dado que las medidas cautelares se presentan antes de que se dicte la sentencia definitiva, no puede exigirse el mismo estándar de prueba para acreditar el derecho controvertido, por ello, basado en la apariencia del buen derecho, se justifica la medida provisional. De eso se trata precisamente la llamada verosimilitud en el derecho, pues basta que la existencia del derecho parezca verosímil para prever que la providencia pueda dictarse en sentido favorable. De condición sumaria, la medida cautelar no requiere la demostración plena de los hechos en los que se sustente el derecho reclamado, circunstancia que sí debe acreditarse en la resolución final.

Criterio sostenido por la SCJN, las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, de modo general, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un

<sup>25</sup> De Alba de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho...*, cit., p. 75.

fin en sí mismo, y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir de manera interina la falta de una resolución asegurando su eficacia. Toda vez que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos a lo que resulte en el procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere pertinentes, para la imposición de las medidas cautelares no rige la garantía de previa audiencia.<sup>26</sup>

En materia electoral, mediante el procedimiento administrativo para la atención de las solicitudes de medidas cautelares, ya sea a petición de parte o de manera oficiosa, procede en todo tiempo la adopción de esta clase de providencias, cuando se denuncie la presunta transgresión de disposiciones constitucionales y legales que puedan actualizar alguno de los supuestos señalados, de forma enunciativa mas no limitativa, en el artículo 17 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral:

- Difusión, contratación y adquisición de tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión por parte de los partidos políticos, por sí o por terceras personas físicas o morales.
- Difusión, contratación y adquisición de tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión por parte de personas físicas o morales a título propio o por cuenta de terceros dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos.
- Por la violación o incumplimiento a las pautas y tiempos de acceso a radio y televisión.
- Por la difusión de propaganda política o electoral por parte de los partidos políticos o personas sobre las que aquéllos tengan calidad de garante, que contenga expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos o que calumnien a las personas.
- Por la difusión de propaganda gubernamental en radio y televisión de los poderes federales, estatales, municipales, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público, durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales o locales, y hasta la conclusión de la jornada electoral.

<sup>26</sup> Véase Tesis 196727, P/J 21/98, MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo de 1998, p. 18.



- En general cuando se presume la transgresión de los principios constitucionales y legales que rigen la materia electoral, incluso cuando se trate de actos continuados.

Contra actos consumados, irreparables o de imposible reparación, no procederá la adopción de medidas cautelares, ya que se trata de actos cuyos efectos no pueden retrotraerse y son materialmente imposibles de restituir al estado en que se encontraban antes de ocurrir los hechos denunciados. Las medidas cautelares tampoco proceden contra actos futuros de realización incierta.

Dictadas u ordenadas solo por el Consejo General y por la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE, según lo dispuesto en el artículo 17, inciso 9, del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto, las medidas cautelares que pueden proponerse en el proyecto de acuerdo son las siguientes: ordenar la suspensión de la transmisión de promocionales de radio y televisión; ordenar el retiro de la propaganda contraria a la ley; prohibir u ordenar cesar la realización de actos contrarios a la ley. El acuerdo en que se determine la adopción de medidas cautelares establecerá la suspensión inmediata de los hechos materia de la misma, otorgando un plazo no mayor a 48 horas para que los sujetos obligados la atiendan, considerando la naturaleza del acto. Tratándose de materiales que se difundan en radio y televisión, se ordenará la suspensión en un plazo no mayor de 24 horas, contado a partir de la notificación del acuerdo correspondiente. La aplicación de una medida cautelar deberá notificarse a las partes.

Según se desprende de algunas resoluciones emitidas por la Sala Superior del TEPJF, puede decirse de manera amplia que los elementos a considerar por la autoridad administrativa electoral para emitir su pronunciamiento respecto a la solicitud de medidas cautelares, son los siguientes:

- Verificar si existe el derecho cuya tutela se pretende.
- Justificar el temor fundado de que ante la espera del dictado de la resolución definitiva, desaparezca la materia de controversia.
- Ponderar los valores y bienes jurídicos en conflicto, y justificar la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de dicha medida.
- Fundar y motivar si la difusión atinente trasciende los límites que reconoce la libertad de expresión y si presumiblemente se ubica en el ámbito de lo ilícito, atendiendo al contexto en que se produce.

De acuerdo con diversos criterios jurisdiccionales, la Sala Superior del TEPJF estima que solo se pueden proteger por medidas cautelares aquéllos

casos en los que se acredita la temeridad o actuar indebido de quien con esa conducta ha forzado la instauración de un procedimiento. La fundamentación y motivación de este tipo de providencias debe satisfacer las condiciones a las que se encuentra sujeto su pronunciamiento, es decir:

- La probable violación a un derecho del cual se pide la tutela en el proceso.
- El temor fundado de que mientras llega la tutela jurídica efectiva, desaparezcan las circunstancias de hecho necesarias para alcanzar una decisión sobre el derecho o bien jurídico cuya restitución se reclama (*periculum in mora*).<sup>27</sup>

Basada en la doctrina de la apariencia del buen derecho, unida al elemento del peligro de demora, la fundamentación de las medidas cautelares apunta a una credibilidad objetiva y seria sobre la juridicidad del derecho que se pide proteger, a fin de descartar que se trate de una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable. Esta situación obliga de manera indefectible a realizar una evaluación preliminar en torno a la justificación de las respectivas posiciones enfrentadas. Aun tratándose de una autoridad administrativa como el IFE, la determinación de una medida cautelar debe examinar la probable afectación del derecho y su posible frustración o inminente irreparabilidad. Si del análisis previo resulta la existencia de un derecho, en apariencia reconocido legalmente, y la correlativa falta de justificación de la conducta reprochada, se torna patente la afectación que se ocasionaría por el peligro en la demora.

## V. LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO COMO PRESUPUESTO PARA LA DECLARACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Dentro de los sistemas jurídicos modernos la justicia cautelar ocupa un sitio importante, a grado tal de considerar que de su eficiencia dependerá la posibilidad de ejecutar la sentencia de fondo. Esto trae como consecuencia que criterios jurisprudenciales se ocupen con cierto detalle de elementos como: la apariencia del buen derecho y el peligro de demora.

<sup>27</sup> Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Expediente SUP-RAP-96/2013, en: [http://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-RAP-0096-2013.pdf](http://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-RAP-0096-2013.pdf) (consultada el 21 de septiembre de 2013).

Toda medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro cálculo preventivo sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales. Si toda medida cautelar descansa en los principios de verosimilitud o apariencia del derecho y el peligro de demora, el juez o autoridad correspondiente debe realizar un análisis anticipado a resolver el fondo del asunto, sin perjuicio de que dicha apreciación resulte equivocada al momento de dictar la resolución definitiva.<sup>28</sup>

Determinar la aplicación de una medida cautelar suele permitir un vistazo provisional al fondo del asunto. En materia electoral esta clase de medida es la pretensión que se sigue mediante un procedimiento administrativo ante el Instituto Federal Electoral. De cualquier modo, es una institución moderna que permite resolver los problemas derivados de la tardanza, lentitud o ineficiencia de los procesos. Por tal motivo, deben determinarse y calificarse con una visión interpretativa flexible y contemporánea.

Sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, si del análisis previo resulta en apariencia un derecho reconocido legalmente de quien sufre la lesión o el riesgo de un daño inminente, así como la correlativa falta de justificación de la conducta reprochada, la medida cautelar puede ser acordada. Según la naturaleza de estas medidas, se erigen en torno a paliar de forma precautoria el tiempo que emplean los tribunales en resolver el conflicto planteado ante ellos, con la finalidad de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia. Tratándose de la materia electoral, el procedimiento administrativo previsto permite al IFE resolver de forma sumaria la solicitud.

De acuerdo con la exigencia de la fundamentación y motivación, la autoridad debe expresar las razones por las que declara procedente una medida cautelar. Principio básico es que toda medida cautelar debe estar prevista en la ley, en la que se especificarán los casos concretos en que pueden otorgarse y las condiciones en que se justifiquen, por lo mismo, el juez o la autoridad a quien se soliciten deberá hacer un análisis de la apariencia del buen derecho, que consiste en una credibilidad objetiva, seria y probada, descartando una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento

<sup>28</sup> Manríquez García, Carlos, “La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm.10, 2002, p. 157.

provisional dirigido a motivar una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.<sup>29</sup>

Para el otorgamiento de una medida cautelar coexisten requisitos legales y jurisprudenciales, son legales: que lo pida el agraviado; que no se irroque perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público; que sean de imposible reparación. Son de naturaleza jurisprudencial: la apariencia del buen derecho; el peligro de demora; el interés suspensivo. Ahora bien, conforme a la lógica y los criterios jurisprudenciales, el orden de prelación es importante. La razón de hacerlo así obedece a que deben partir de un acto concreto de afectación que viole la esfera jurídica del solicitante y no de análisis abstractos de los hechos. Se trata de aportar, por lo menos, los elementos necesarios que acrediten que ese acto está dirigido hacia algún derecho aparente protegido por la norma, del que es titular el agraviado.

Valorar de manera correcta la aplicación de medidas cautelares implica dejar atrás conceptos de análisis desarrollados por criterios ya superados, tales como la negativa de asomarse al fondo del asunto. Hoy en día, ante la apariencia del buen derecho encontramos una posición fuerte respecto al interés individual, situación que obliga al juez o a la autoridad llevar a cabo un atinado ejercicio de ponderación. Frente a expresiones que en apariencia denigran o calumnian, el IFE tendrá que ser cuidadoso de disponer la aplicación de medidas cautelares a fin de lograr la armonía entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, como el derecho a la información y el derecho a la vida privada.

Si la apariencia del buen derecho constituye un avance significativo, para asegurar su correcta aplicación se establece la obligación del juez de realizar un análisis ponderado entre la no afectación del interés social y del orden público. Figura reconocida por la ley y la jurisprudencia, la apariencia del buen derecho implica la posibilidad de los gobernados de lograr una pronta y eficaz protección frente a actos de la autoridad. En materia electoral comprende la capacidad de respuesta ágil y eficaz frente a actos de entidades de interés público o particulares, ya sean partidos políticos o candidatos.

<sup>29</sup> De Alba De Alba, José Manuel y Flores Muñoz, Mario César, “La apariencia del buen derecho en serio”, *Revista del Instituto de la Judicatura*, núm. 25, 2008, p. 52.

## VI. EJERCICIO REFLEXIVO

En la recta final de una campaña electoral, las encuestas revelan una contienda muy cerrada que no permite pronosticar a un ganador. Uno de los candidatos obtiene información sobre el delicado y grave estado de salud del candidato opositor. Debido a lo reñido de la competencia, como estrategia de campaña, decide dar a conocer a la ciudadanía que cuenta con información sobre la crítica situación del candidato rival. Bajo su perspectiva, el elector tiene el derecho de conocer cuál es el estado físico de los aspirantes. Alegando su veracidad, la información se difunde con la intención de restarle votos al candidato de la oposición. En la propaganda política se invita a no sufragar por el aspirante enfermo, recomendando no desperdiciar el voto a favor de un candidato que no podrá desempeñar el cargo de elección. Se pone en duda, incluso, que tenga la suficiente salud para rendir la protesta correspondiente.

- ¿Se trata de un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión?
- ¿Hasta dónde debe potencializarse la libertad de expresión y favorecerla con una interpretación extensiva?
- ¿Colisiona en realidad la libertad de expresión con el derecho a la vida privada del individuo agraviado?
- ¿Gozan la libertad de expresión y el derecho a la información de una posición preferente respecto del derecho a la vida privada?
- ¿Debe llevarse a cabo un ejercicio de ponderación para establecer la procedencia de una medida cautelar?
- ¿Da lugar a la aplicación de medidas cautelares si la información se difunde solo en la plaza pública sin acceder a los medios de comunicación?
- ¿Se justifica revelar el estado de salud de un candidato con el argumento de ofrecer información que permita el voto razonado?
- ¿Podría plantearse que los candidatos, por sí mismos, deben dar a conocer al ciudadano su estado de salud?

Todo proceso electoral entraña un régimen de libertad que permite un debate público abierto, informado y plural, el cual supone maximizar la libertad de expresión e información a fin de que la ciudadanía cuente con los elementos suficientes para emitir un voto razonado. En las campañas electorales es justificado utilizar un lenguaje fuerte y vehemente, pero se restringe aquel que sea innecesario y desproporcionado en relación con

los derechos a la imagen de los partidos y coaliciones, así como a la vida privada de los candidatos y en general de las personas; no es admisible la calumnia o la denigración.

Para colocar bajo supervisión de la opinión pública las actividades de los gobernantes, así como el comportamiento y antecedente de candidatos, llegan a utilizarse en el debate público ataques álgidos y en ocasiones desagradables. Sin embargo, este presupuesto no es de carácter absoluto, pues aún en sistemas políticos con amplios estándares democráticos se ha aceptado el criterio de que pueden imponerse límites razonables y justificables a la libertad de expresión, por tratarse de un derecho que coexiste a la par de otros como el de la vida privada, la salud pública o la moral.

Acorde con ello, las autoridades jurisdiccionales y en materia electoral las de carácter administrativo, pueden intervenir cuando exista duda fundada de que ciertas expresiones causen un daño a los derechos de terceros. Como no es posible hacerlo *ex ante* o *a priori*, la única manera adecuada de aplicar limitaciones a la libertad de expresión, si se quiere evitar la censura previa o caer en actitudes amenazantes, es la valoración de las particularidades del caso problemático. Según lo sostienen algunos tribunales, cuando la libertad de expresión no armoniza con otros posibles derechos o valores, dadas las especiales circunstancias del caso, es necesario proceder a una ponderación. No se trata de establecer cuál tiene mayor peso, sino de qué forma se logra hacerlos compatible.<sup>30</sup>

Como principio *a priori*, los derechos fundamentales no prevalecen unos sobre otros. Entre los derechos a la intimidad, la libre expresión y la información, hay que encontrar el equilibrio, porque todos son de esencial y equivalente importancia. De no imponerse límites, cada uno tratará de anular al otro. Zannoni y Bísaro se refieren tanto a los límites internos como externos de la libertad de expresión. Los primeros están contenidos en la verdad y la actitud del informador hacia la verdad; los segundos, en el adecuado establecimiento de equilibrio con otros derechos fundamentales, como puede ser el caso del derecho a la privacidad o intimidad.<sup>31</sup>

Cuando hay derechos en tensión la SCJN ha señalado que debe examinarse la proporcionalidad y ponderarse los bienes jurídicos tutelados. Sin sacrificar la libertad de expresión o el derecho a la intimidad deberá

<sup>30</sup> Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión...*, *cit.*, p. 18.

<sup>31</sup> Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *cit.*, p. 26.

encontrarse la manera de armonizarlos en forma adecuada. Contrario a los que prefieren el exceso en el ejercicio de un derecho, las restricciones que se prevén en el marco legal y convencional admiten que puedan determinarse en función de un caso concreto. Ello implica que la autoridad electoral que deba determinarlos tendrá que ser cuidadosa de no afectar injustificada o arbitrariamente otras libertades. A pesar de la interpretación expansiva de los derechos humanos, las libertades no son absolutas.

Es cierto que la Sala Superior del TEPJF ha establecido que debe privilegiarse la interpretación de la libertad de expresión para evitar el riesgo de limitarla en forma indebida. Lo anterior no significa que la persona o institución objeto de una manifestación que no coincida con la opinión o afirmación del emisor deba tolerarla. Precisamente, en el modelo de comunicación que se busca en un Estado democrático se permite solicitar la aplicación de límites a esa clase de libertades. Por eso, de acuerdo al marco normativo de índole electoral, la aplicación de medidas cautelares tiene el propósito de hacer viable la aplicación de esas limitaciones.

Toda medida cautelar debe atender los supuestos que pudieran generar una afectación irreparable a los principios o valores protegidos en la Constitución y en la legislación electoral, afectando en la menor medida posible los principios orientadores del debate público en una sociedad democrática. De tal suerte, al disponer la aplicación de este tipo de providencias, tanto el IFE como el TEPJF deben tomar en cuenta los elementos que ofrecen una correcta fundamentación y motivación de la medida.

Aplicar el criterio de la apariencia del buen derecho a efecto de determinar la aplicación de una medida cautelar, requiere emitir argumentos y juicios objetivos que destaquen con claridad la finalidad y el alcance de un promocional. Si el contenido del mensaje denigra, calumnia o revela información que afecta la vida privada de las personas, sin estar inmerso en una crítica propia del debate público, ofrece razones suficientes para disponer como medida cautelar el retiro del mensaje o promocional.

Después de todo, la libertad de expresión no es absoluta y el establecimiento de límites puede llegar a fortalecerla. Corresponde a las autoridades electorales procurar la armonía entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho a la vida privada. Para tal propósito es menester desarrollar una interpretación flexible y moderna de la apariencia del buen derecho. De eso puede depender la correcta y oportuna aplicación de las medidas cautelares.

## VII. CONSIDERACIÓN FINAL

En materia electoral las medidas cautelares constituyen un fin en sí mismas. A diferencia de otras disciplinas, su condición accesoria es relativa pues representan el propósito mismo de un procedimiento especial previsto en el Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral. Determinadas por el Consejo General o la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE, significan un modo de hacer efectivos los límites a la libertad de expresión. De condición procedimental, se fundamentan y motivan en la apariencia del buen derecho y el peligro de demora. Institución moderna que hace a un lado la aplicación de criterios tradicionales y se apoya en la interpretación extensiva de los derechos fundamentales, puede lograrse a través de ellas la armonía entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho a la vida privada.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- CRESPO, José Antonio, “Modelo de comunicación y campañas negativas”, en ALCOCER, Jorge y CÓRDOVA, Lorenzo (comps.), *Democracia y reglas del juego*, México, Nuevo Horizonte Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Regulación de campañas y libertad de expresión”, en ALCOCER, Jorge y CÓRDOVA, Lorenzo (comps.), *Democracia y reglas del juego*, México, Nuevo Horizonte Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- ALBA DE ALBA, José Manuel de, *La apariencia del buen derecho en serio*, México, Porrúa, 2011.
- HURTADO GÓMEZ, Ignacio, *Libertad de expresión y equidad electoral: el caso de Iridia Salazar*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
- MADRAZO LAJOUS, Alejandro, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- ROLDÁN XOPA, José, *Libertad de expresión y equidad: ¿la constitución contra sí misma?*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011.



- SALAZAR UGARTE, Pedro y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La apariencia del buen derecho*, México, Themis, 1996.
- TEMKIN YEDWAB, Benjamín y SALAZAR ELENA, Rodrigo, *Libertad de expresión y campañas negativas*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

### *Hemerografía*

- ASTUDILLO, César, “La libertad de expresión en el contexto del modelo de comunicación político-electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 3, enero-junio de 2013.
- CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- DE ALBA DE ALBA, José Manuel y FLORES MUÑOZ, Mario César, “La apariencia del buen derecho en serio”, *Revista del Instituto de la Judicatura*, núm. 25, 2008.
- MANRÍQUEZ GARCÍA, Carlos, “La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 10, 2002.

### *Documentos oficiales*

- Jurisprudencia 11/2008, “Libertad de expresión e información. Su maximización en el contexto del debate político.”, en *Gaceta Jurisprudencia y tesis en materia electoral*, año 2, núm. 3, 2009.
- Jurisprudencia 29/2002, “Derechos fundamentales de carácter político electoral. Su interpretación y correlativa aplicación no debe ser restrictiva”, *Compilación 1997 – 2010: jurisprudencia y tesis en materia electoral*, vol. 1, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
- Tesis 196727, P/J 21/98, “Medidas cautelares. No constituyen actos privativos, por lo que para su imposición no rige la garantía de previa audiencia”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo de 1998.

Tesis jurisprudencial 26/2007, “Competencia auxiliar en el juicio de amparo. La presentación de la demanda de garantías ante un juez de primera instancia en donde no radica un juez de distrito no requiere que el acto reclamado sea de los contenidos en el artículo 39 de la ley de la materia”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en: [http://www.scjn.gob.mx/Primera\\_Sala/Tesis\\_Jurisprudenciales/TesisJurisprudenciales20071212.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/Tesis_Jurisprudenciales/TesisJurisprudenciales20071212.pdf) (consultada el 18 de septiembre de 2013).

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Expediente SUP-RAP-96/2013, disponible en: [http://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridicacional/sesion\\_publica/executoria/sentencias/SUP-RAP-0096-2013.pdf](http://www.te.gob.mx/Informacion_juridicacional/sesion_publica/executoria/sentencias/SUP-RAP-0096-2013.pdf) (consultada 21 de septiembre de 2013).

### *Marco normativo*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de los Derechos Humanos.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.