



LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EQUIDAD.

LA REFORMA ELECTORAL DE 2007
ANTE EL TRIBUNAL ELECTORAL

5 Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral

Alejandro Madrazo Lajous

**Libertad de expresión y equidad.
La reforma electoral de 2007
ante el Tribunal Electoral**

**Alejandro
Madrazo Lajous**

Investigador del CIDE.
Doctor en Derecho por la Universidad
de Yale, EUA.
Miembro del SNI y profesor del CIDE,
división de Estudios Jurídicos.

323.443
M3154Le

Madrazo Lajous, Alejandro.

Libertad de expresión y equidad : la reforma electoral de 2007 ante el Tribunal Electoral / Alejandro Madrazo Lajous. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

86 pp.-- (Cuadernos de divulgación de la justicia electoral; 5)

ISBN 978-607-708-045-9

1. Libertad de expresión. 2. Reforma electoral -- México -- 2007. 3. Derechos político-electorales. 4. Sentencias -- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México).

I. Título. II. Serie.

SERIE CUADERNOS DE DIVULGACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL

Primera edición 2011.

Primera reimpresión 2012.

DR. 2011 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,

CP 04480, delegación Coyoacán, México, DF,

teléfonos 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinación: Centro de Capacitación Judicial Electoral.

Edición: Coordinación de Comunicación Social.

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

ISBN 978-607-708-045-9

Impreso en México

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Presidente

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Rafael Estrada Michel

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

Secretarios Técnicos

Dr. Carlos Báez Silva

Lic. Ricardo Barraza Gómez

ÍNDICE

Presentación	9
Introducción	12
Dos modelos doctrinales de la libertad de expresión	15
La reforma de 2007 y la regulación constitucional de la expresión	31
La libertad de expresión, según el Tribunal Electoral	49
Conclusiones	78
Fuentes consultadas	83

PRESENTACIÓN

El estudio de Alejandro Madrazo hace un balance crítico de las implicaciones que la reforma electoral de 2007 ha tenido sobre el derecho de la libertad de expresión. Para este propósito, el autor revisa los fundamentos doctrinales de las sentencias que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha emitido desde la mencionada reforma y que han resuelto casos relacionados con la libertad de expresión.

La estructura del presente texto se divide en cuatro partes, siendo la primera una revisión conceptual de los modelos doctrinales de la libertad de expresión que sirven como argumentos para analizar las sentencias del TEPJF. La segunda sección reseña los aspectos en que la reforma electoral regula la libertad de expresión, tratando de precisar cuál de los modelos es el que más se aplica como fundamento de esta reforma. En tercer lugar, se analizan las sentencias y la influencia que reciben de los modelos doctrinales expuestos. Finalmente, se hacen conclusiones en torno a las consecuencias de la acción jurisdiccional del Tribunal respecto a la doctrina constitucional acerca de la libertad de expresión, especialmente en cuanto a la regulación del debate político-electoral.

El modelo clásico señala que la libre expresión de las ideas es un factor de mejoramiento personal y social, mientras que el modelo democrático destaca el rol político mediante el cual se delibera públicamente, permitiendo así el autogobierno y la democracia. En ese sentido, el autor enfatiza el enfoque más individualista del modelo clásico que valoriza a la libertad de expresión *per se*, en contraposición a un enfoque más colectivo y sociopolítico del modelo democrático que considera a la libertad de expresión como un instrumento para fomentar la deliberación. En el primer caso, el Estado sólo interviene cuando la libertad de expresión vulnera otro derecho individual; en el segundo, el Estado interviene para favorecer la equidad en el debate, ya sea moderando o apoyando

al interlocutor más débil. El tutelado, en el primer modelo es el individuo que se expresa, en el segundo es una colectividad (el auditorio) que debe recibir una pluralidad de opiniones.

De acuerdo con el autor, la reforma electoral de 2007 promueve un nuevo modelo de comunicación política, y lo asimila sustantivamente con el modelo democrático, y expone razones que fundamentan esta asociación. Así, para ello Madrazo expone que uno de los objetivos centrales de esta reforma es “evitar que el dinero o el poder público se constituyan en los factores que determinen el resultado de las contiendas, en específico a través de la adquisición y uso de espacios en los medios de comunicación”, lo cual refleja el interés de limitar a los “poderosos” respecto a un discurso que pueda “silenciar” a los más débiles. En ese sentido, también se implementan otros cambios tendientes a facilitar el debate y a tutelar a la colectividad que atiende al mismo: el derecho de réplica, prohibición de denigrar a instituciones o calumniar personas y suspensión de la propaganda gubernamental durante los comicios.

Asimismo, concentra la participación en el debate político a los únicos actores relevantes: los partidos políticos, excluyendo del mismo a otros que puedan tergiversarlo dada su reconocida condición de privilegiados: empresarios, Iglesia, gobierno. Para ello, empodera al representante estatal para estos temas, el Instituto Federal Electoral (IFE), a ser el moderador de la deliberación política a través de las facultades de determinar las proporciones de “tiempo/aire” de la propaganda política de los partidos en radio y televisión y regular el volumen de ésta en los medios electrónicos de comunicación.

Luego de este enfoque conceptual de la reforma electoral, el autor revisa el sentido de las resoluciones del TEPJF, para lo cual hace un análisis crítico de casi 20 sentencias. La principal conclusión es que paradójicamente el TEPJF aplica una interpretación sesgada y errónea de la reforma electoral, siendo así que ésta tiene como inspiración básica el modelo democrático; sin embargo, los magistrados aplican un criterio ajustado al modelo clásico, es decir, su opuesto. Para ello, argumenta que mayormente se utilizan porcio-

nes de la reforma; es decir, sujetas más a lo que el texto explícitamente afirma: la prohibición de denigrar o difamar, sin ponerlo en un contexto que, de acuerdo con el sentido del modelo democrático, llevaría a sentidos opuestos en las sentencias de los casos que comenta. Las consecuencias de la aplicación de un enfoque clásico a una reforma electoral que tuvo un sentido original asociado centralmente al modelo democrático, conlleva a que el debate político se empobrezca y que prevalezca el interés de los políticos y los partidos en desmedro del interés de la colectividad y del principal instrumento de la democracia: un debate “robusto, desinhibido y abierto”.

La crítica del autor a la actuación del TEPJF se centra en una especie de “gatopardismo”; es decir, el Tribunal hace énfasis en que usa como argumentación elementos del modelo democrático pero resuelve en un sentido opuesto al mismo, ni siquiera orientado hacia el modelo clásico liberal, sino hacia su extremo, que denomina “perfeccionismo”, y que disminuye el sentido mismo de la libertad de expresión hasta convertirla en subsidiaria de la defensa de la imagen de los políticos y las instituciones asociadas: los partidos políticos y el gobierno, provocando de esta manera una inversión total del sentido de la reforma electoral y de la intención de los constituyentes. De forma alarmante, bajo el criterio del autor, el derecho a la libertad de expresión queda en riesgo debido al sentido de las sentencias del Tribunal, resultando una colectividad ignorada y una deliberación política sumamente empobrecida.

Creemos que este estudio, que aborda críticamente la aplicación de la libertad de expresión en los fallos del TEPJF, en el marco de la reforma electoral de 2007 y asumiendo como recurso conceptual la propuesta de los modelos clásico y democrático, es el inicio de un debate académico que tiene poco de recorrido; por tanto, es una propuesta seminal en el marco político y jurídico mexicano.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

INTRODUCCIÓN¹

Es común decir que la reforma constitucional en materia electoral de 2007 estableció un “nuevo modelo de comunicación política”.² Mucho se ha dicho —a favor y en contra— de la reforma, pero poco sobre su aplicación por parte del Instituto Federal Electoral y, principalmente, por parte de la Sala Superior del TEPJF. La reforma es de enorme importancia por muchas razones, pero desde la perspectiva constitucional la reforma tiene especial relevancia por sus implicaciones para la libertad de expresión, uno de los derechos fundamentales consagrados en nuestro régimen constitucional. Este trabajo ofrece un análisis crítico de la interpretación que el TEPJF ha hecho de la reforma, en relación con la libertad de expresión.

La aplicación de la reforma electoral de 2007 por parte del TEPJF es determinante para el desarrollo de este derecho en nuestro país. El diálogo procesal entre el IFE y el TEPJF es hoy el espacio más prolífero en el que se está forjando la doctrina constitucional de la libertad de expresión. La expresión política —aquella sobre la que versan los casos que resuelve el TEPJF— se ubica en el corazón de la protección constitucional de la libre expresión. Además, la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha hecho de este derecho fundamental es, en muchos sentidos, incipiente aún y el perfil que de él dibujan sus fallos es incierto

¹ Este trabajo no podría haber visto la luz sin el apoyo de Estefanía Vela Barba, quien se llevó las dolorosas cargas de proveer los insumos para este trabajo y su elaboración (en especial la selección de casos) además de filtrar muchos de los errores e imprecisiones que resultaron de un primer borrador. Como funcionaria del IFE vivió de cerca esta primera etapa de implementación de la reforma del 2007, y ahora, desde la academia, estoy seguro contribuirá enormemente a enderezar el camino. Quisiera agradecer a Enrique Ochoa Reza y al Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la oportunidad de obligarme a dar seguimiento al desempeño del TEPJF. Siempre que he colaborado con esta institución me queda la sensación de que aprendo más de lo que apporto.

² La fórmula proviene de la iniciativa que dio lugar a la reforma: “Quienes suscribimos la presente Iniciativa nos hemos comprometido a diseñar y poner en práctica un nuevo modelo de comunicación entre sociedad y partidos...”. El Dictamen de las comisiones unidas del Senado encargadas de analizar la iniciativa explícitamente hace suya, entre otras, esta afirmación. Tanto el IFE, como la Sala Superior del TEPJF reproducen la fórmula, ya sea textualmente o con ligeras modificaciones.

(Vázquez 2007, XXVII).³ En consecuencia, la labor del TEPJF como intérprete constitucional resulta particularmente importante para el derecho fundamental de la libertad de expresión.

En este contexto, este libro pretende contribuir a la naciente reflexión académica sobre el aún escaso desarrollo de la interpretación constitucional de libertad de expresión en nuestro país. El ejercicio se realizó a partir del estudio de algunos de los fallos más representativos que el TEPJF ha emitido desde la reforma de 2007 y hasta la fecha.⁴ El interés principal del análisis que aquí se ofrece es entender cómo el Tribunal ha interpretado dicha reforma y las implicaciones de esto para la libertad de expresión. En consecuencia, el análisis atiende los **fundamentos doctrinales** que se reflejan en los fallos emitidos por el TEPJF, antes que los resultados de los casos particulares en los que se ha aplicado el “nuevo modelo de comunicación política”.

³ La Suprema Corte ha emitido algunos fallos en torno a la libertad de expresión que llaman la atención por su dispersión teórica e inconsistencia metodológica. Encontramos fallos prácticamente extintivos de la libertad de expresión (el más conocido, en este extremo, fue el fallo de la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 2676/2003, mejor conocido como el caso del Poeta maldito, Sergio Witz, emitido en octubre de 2005) y otros que sorprenden por lo avanzado de la postura adoptada por la Corte en su exigencia de que el Estado se ocupe de enriquecer el debate público con base en la libertad de expresión y su mancuerna constitucional, el derecho a la información (en este extremo encontramos el fallo que recayó sobre de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, mejor conocida como el caso ley Televisa.) Encontramos también casos intermedios (por ejemplo, el fallo de la Primera Sala en el amparo en revisión 1595/2006, emitida en noviembre del 2006, en el que se declaró inconstitucional un bando del ayuntamiento de Toluca, con base en el cual se pretendía multar a Stephen Orla Searfoss por no haber obtenido un permiso previo antes de difundir propaganda de un concierto religioso. La Primera Sala consideró que el bando constituía una forma de censura previa). Una constante en esta errática interpretación de la libertad de expresión es que la Corte le otorga un papel dominante al Estado como mediador de la libertad de expresión, a veces autorizando su papel de censor, a veces como garante de la pluralidad y diversidad de las expresiones que alcanzan el foro público. Falta mucho por definir en la interpretación de la Suprema Corte, pero se vislumbra que los contornos del derecho fundamental a la libre expresión se dibujan en función del papel político e instrumental de dicho derecho.

⁴ Los fallos del TEPJF analizados para la elaboración del presente trabajo fueron los siguientes: SUP-RAP-122/2008, SUP-RAP-59/2009, SUP-RAP-75/2009, SUP-RAP-81/2009, SUP-RAP-122/2009, SUP-RAP-152/2009, SUP-RAP-175/2009, SUP-RAP-198/2009, SUP-RAP-234/2009, SUP-RAP-273/2009, SUP-RAP-276/2009, SUP-RAP-280/2009, SUP-RAP-288/2009, SUP-RAP-295/2009, SUP-RAP-304/2009, SUP-RAP-22/2010, SUP-RAP-30/2010, y SUP-RAP-152/2010.

Para entender cabalmente la interpretación que el TEPJF ha hecho de la reforma y sus implicaciones para la libertad de expresión, es indispensable, primero, identificar el modelo doctrinal que da sustento a sus interpretaciones.⁵ Esto es, qué ideas sobre la libertad de expresión y su papel en nuestro sistema constitucional tiene en mente el Tribunal cuando aplica el “nuevo modelo de comunicación política”. Hecho esto, exploraremos las implicaciones que tiene, para el régimen constitucional de este derecho, la forma de entender y aplicar la reforma del TEPJF.

Para ello, es preciso ubicar la labor del TEPJF en su contexto: primero, entender tanto el marco teórico que servirá de aparato crítico para el análisis que habremos de llevar a cabo, como los rasgos principales de la regulación constitucional de la expresión política contenida en el “nuevo modelo”. En consecuencia, el texto se estructura en cuatro grandes secciones: primero se exponen brevemente los dos principales modelos doctrinales de la libertad de expresión que servirán como referente teórico para analizar la labor del TEPJF: el modelo clásico —utilizado, entre otros, por Ignacio Burgoa— y el modelo democrático —articulado claramente por Owen Fiss—. Después se presenta brevemente la reforma constitucional de 2007 en lo que a la libertad de expresión concierne y se le ubica en el contexto más amplio de la regulación constitucional de la expresión, a fin de proponer cuál de los dos modelos es el que mejor explica la regulación de la expresión de nuestro sistema constitucional. Posteriormente se identifica, a partir del análisis de los principales fallos del TEPJF posteriores a la reforma, el modelo doctrinal de libertad de expresión que parece dar forma a su trabajo. Por último, a manera de conclusión, se exploran las consecuencias de la labor del TEPJF para la doctrina constitucional de la libertad de expresión, ofreciendo críticas y delineando interpretaciones alternativas.

⁵ Por “modelo doctrinal” me refiero aquí a la idea del derecho a la libertad de expresión que se tiene: ¿Cómo entendemos constitucionalmente la libertad de expresión? ¿Cuáles entendemos que son sus funciones? ¿Cómo se estructura? ¿Qué fines persigue? ¿Cuáles son sus límites? ¿Qué los justifica? Incluso, interesa entender cuál es la relación paradigmática —qué actores participan y cuál es su papel— que se tiene como referente para derivar las implicaciones normativas de dicho derecho.

Antes de comenzar, es importante tener en mente que la reforma constitucional de 2007 fue aprobada en un contexto político muy específico, en el que la equidad de la contienda electoral y el papel político de los medios electrónicos de comunicación eran la principal preocupación del constituyente.⁶ En consecuencia, tanto la exposición y análisis de los modelos doctrinales de libertad de expresión como el análisis y crítica de la labor del TEPJF se ofrecerán tomando como eje la relación entre la libertad de expresión y la equidad.

El propósito, a fin de cuentas, es ofrecer los elementos mínimos suficientes para iniciar una reflexión estructurada y crítica sobre la labor del TEPJF, con la finalidad de contribuir a un mejor entendimiento de la interpretación constitucional que allí se está construyendo sobre la libertad de expresión. El trabajo se dirige no sólo a los especialistas en derecho constitucional o derecho electoral, sino también a un público más amplio, pues pocos temas constitucionales son de tan amplio interés como el régimen que regula la expresión política. La libertad de expresión y la regulación del debate político-electoral enmarcan la discusión política y deliberación colectiva, en la que toda la ciudadanía debe participar si hemos de entendernos y construirnos como una comunidad política con intereses comunes y con un proyecto compartido.

DOS MODELOS DOCTRINALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los dos modelos doctrinales de la libertad de expresión⁷ que servirán para nuestro análisis y crítica son el **modelo clásico** y el **modelo democrático**. El primero deriva del liberalismo europeo de

⁶ Más específicamente, la reforma electoral no puede entenderse, sino a la luz de la elección presidencial de 2006 y del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso *ley Televisa* (acción de inconstitucionalidad 62/2006), emitido en junio de 2007.

⁷ A lo largo de este trabajo me referiré con "libertad de expresión" al conjunto de los derechos que en nuestro texto constitucional se identifican como libre expresión de ideas (artículo 6) y libertad de imprenta (artículo 7). Asimismo, salvo que se especifique lo contrario, incluyo en este conjunto al derecho fundamental a la información (artículo 6 constitucional).

finales del siglo XVIII y XIX, pero en nuestro país adquiere una aspiración perfeccionista, que presupone que permitir la libre expresión de ideas contribuye directamente a la mejora, tanto personal como social. El modelo democrático, bautizado así por el constitucionalista estadounidense Owen Fiss, se construyó a partir de diversos fallos judiciales de su país a lo largo del siglo XX y ha sido expuesto por el propio Fiss en distintos textos, siguiendo a los autores Alexander Meiklejohn y a Harry Kalven (Fiss 1996; 2010). Este modelo enfatiza la función política de la libertad de expresión: expresarnos sin censura es un requisito necesario para deliberar colectivamente y poder así autogobernarnos.

Ambos modelos, tanto el clásico como el democrático, identifican al disidente político, que se expresa para criticar al Estado o al *status quo*, como la figura prototípica que protege el derecho fundamental a la libre expresión. Sin embargo, para el análisis que nos ocupa, las diferencias más destacadas entre estos dos modelos son de particular relevancia: (I) el papel que cada uno atribuye a la autoridad y (II) cómo conciben cada uno la relación entre la libre expresión y la equidad.

El modelo clásico entiende a la equidad como un valor o derecho constitucional **externo** a la libertad de expresión, con el cual esta última puede entrar en tensión y, en consecuencia, contraponerse. Por ello, cuando entran en conflicto estos dos valores, es necesario ponderarlos y equilibrarlos, en ocasiones prefiriendo a uno sobre el otro para el caso concreto. El modelo democrático, por su parte, entiende a la equidad no sólo como un valor o derecho **distinto** a la libertad de expresión, sino como una **condición** de la propia libertad de expresión: sin la primera se corre el peligro de que la segunda pierda sentido en un sistema constitucional democrático. Esto es: si uno o pocos interlocutores son capaces de acaparar el foro de la deliberación colectiva, excluyendo a las voces plurales o disidentes, ésta se empobrece, minando las condiciones necesarias para el autogobierno. En consecuencia, se entiende a la equidad como un valor **interno** a la libertad de expresión que el Estado debe garantizar.

Estas formas divergentes de entender la relación entre libertad de expresión y equidad se traducen en distintas funciones que debe cumplir la autoridad en relación con la libertad de expresión. Para el modelo clásico, la intervención de la autoridad sólo se justifica cuando la libertad de expresión entra en tensión con la equidad (o algún otro valor de igual o mayor jerarquía), entonces sólo interviene para limitar a la expresión y proteger ese otro valor. En contraste, para el democrático, la autoridad puede intervenir con el fin de garantizar un mínimo de pluralidad y fomentar la equidad entre los interlocutores de la deliberación colectiva.

En el clásico, el derecho a la libertad de expresión protege al disidente político restringiendo el actuar del Estado, aceptable sólo si quien se expresa vulnera algún otro valor o derecho, en cuyo caso estamos ya fuera de los límites de la libertad de expresión. En el modelo democrático, la libertad de expresión protege al disidente político, garantizando su inclusión en el debate, por lo que el Estado debe abstenerse de censurar, pero simultáneamente garantizar su inclusión o fomentar su interlocución equitativa con los involucrados en la deliberación colectiva. Para el primer modelo, el beneficiario último que tutela la libertad de expresión es el disidente mismo que se expresa, precisamente porque se puede expresar. Para el modelo democrático, el beneficiario último de la protección de la expresión es el auditorio, porque puede conocer los puntos de vista de todos, el disidente incluido.

A continuación se verá con mayor detalle en qué consisten ambos modelos, qué presuponen y qué implicaciones tiene la adopción de uno u otro.

EL MODELO LIBERAL CLÁSICO

Contrario a lo que se podría suponer, dada la relativamente escasa atención que la libertad de expresión ha tenido tanto en la academia como en la interpretación judicial mexicanas, el modelo clásico de libertad de expresión se encuentra muy arraigado en el imaginario del gremio jurídico de nuestro país. A continuación expondré los rasgos básicos de esta forma de entender la libertad de

expresión, apoyándome principalmente en el trabajo de Ignacio Burgoa Orihuela, uno de los dogmáticos constitucionales que más influyó en nuestro país durante el siglo pasado.

El modelo clásico de la libertad de expresión parte del supuesto de que la expresión individual constituye, por una parte, un medio indispensable para el desarrollo social y, simultáneamente, un vehículo para que cada individuo actualice su potencial. Al respecto, Burgoa (1998, 348) señala:

La libre manifestación de las ideas, pensamientos, opiniones, etc., constituye uno de los factores indispensables para el progreso social y cultural. En efecto, es mediante la emisión eidética como se impulsa la investigación científica, descubriéndose nuevos principios, sustentándose teorías innovadoras, colmándose lagunas en sistemas ya existentes, criticándose vicios, defectos y aberraciones de los mismos, en una palabra, fincándose bases para la construcción cultural. Siendo una derivación específica de la libertad general, la libre manifestación de las ideas contribuye para el cabal desenvolvimiento de la personalidad humana, estimulando su perfeccionamiento y elevación culturales. (...) Los regímenes en los que impere la libre emisión de las ideas, la libre discusión y la sana crítica, estarán siempre en condiciones de brindar a la sociedad posibilidades de elevación intelectual; por el contrario, cuando se coarta la manifestación del pensamiento, vedándose las polémicas, conversaciones, los discursos, las conferencias, etc., en los que suele traducirse, se prepara para la sociedad humana el camino de la esclavitud espiritual que trae pareja su ruina moral.

El modelo clásico parte del supuesto de que la función de la expresión de ideas es el desarrollo, tanto personal como social. La expresión en sí misma es valiosa, pues desenvuelve el potencial de las personas y de las sociedades. Su supresión o restricción, conlleva a la ruina moral. Hay, en esta propuesta, un componente perfeccionista: el valor de la libre expresión radica en su indisoluble nexo con el progreso personal y social; su ausencia conlleva a la ruina moral. No hay, aquí, referencia a la deliberación colectiva ne-

cesaria para el gobierno democrático. Hay, eso sí, una presunción de que la consecuencia natural de contar con expresión irrestricta será el progreso; o por lo menos que el efecto necesario de la restricción a la expresión será el declive espiritual y moral de la sociedad y el individuo. Se trata de un perfeccionismo moderado, que aspira al desarrollo moral y cultural del individuo y la sociedad; desarrollo que se espera fluya —aunque no se exige— de las expresiones vertidas libremente.

Así las cosas, se entiende por qué otro rasgo característico del modelo clásico de libertad de expresión es que imagina al Estado sólo como una amenaza a la expresión, amenaza que debe ser contenida precisamente mediante la tutela constitucional de la expresión. Para este modelo, cuando la libertad de expresión opera, el Estado debe **abstenerse** de intervenir, dejando a los interlocutores expresarse libremente:

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley Fundamental, el individuo tiene la potestad jurídica de hablar sobre cualquier materia sustentando cualquier criterio, sin que el Estado y sus autoridades le impidan o le restrinjan ese derecho. Por consiguiente, la **obligación estatal y autoritaria** que se deriva de dicha garantía individual, estriba en una **abstención** de parte del sujeto pasivo de la relación jurídica respectiva, o sea en un no hacer, traducido en la no intromisión en la esfera del individuo cuyo contenido es la expresión eidética (Burgoa 1998, 350).

La obligación del Estado se reduce así a un **no hacer**. La cita anterior refleja con claridad el papel que el modelo clásico imputa al Estado: la autoridad es la amenaza a la expresión de los ciudadanos y, en consecuencia, su papel debe ser pasivo frente a las expresiones de éstos. No hay aportación alguna del Estado que pueda enriquecer la expresión o el debate. Para la expresión, el Estado es sólo amenaza.

Esta concepción del derecho fundamental a la libertad de expresión no implica que las expresiones no puedan restringirse o censurarse. En México, el propio artículo 6 constitucional explícitamente señala excepciones a la tutela constitucional de la

expresión: “en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público”, su emisor podrá ser sujeto de responsabilidad ulterior, determinada judicialmente. Sin embargo, para el modelo clásico, los tipos de expresión que son censurables son siempre excepciones “fuera de las cuales no debe existir ninguna otra” (Burgoa 1998, 351). Este modelo admite que existen expresiones que no cuentan con el manto protector del derecho fundamental a la libre expresión —no podía ser de otra forma ante un texto constitucional explícito—, pero desconfía del establecimiento de dichas excepciones:

[...] dadas las consecuencias que podría traer consigo en la realidad la limitación a la libertad de expresión de ideas y que significaría la nugatoriedad de ésta en muchos casos, estimamos que los tres criterios en que tal restricción se apoya (ataques a la moral, a los derechos de tercero y perturbación del orden público) son excesivamente peligrosos, sobre todo sustentados por autoridades judiciales o administrativas deshonestas, incompetentes y de tendencias tiránicas (Burgoa 1998, 352).

La cita ilustra la desconfianza profunda en la autoridad que subyace al modelo clásico de libertad de expresión. Si se admiten restricciones es sólo porque la Constitución las señala expresamente; y cuando se admiten excepciones, éstas deben acotarse de forma inequívoca:

Todas esas áreas de no afectación o perturbación mediante el ejercicio de estas garantías, deben estar precisadas en leyes represivas específicas —y en los términos precisos de éstas—, sin posibilidades de interpretaciones subjetivas de los funcionarios que deben aplicarlas al caso concreto (Castro 1998, 119).

El modelo clásico admite excepciones a la tutela constitucional del derecho a la libertad de expresión, en aras de algún otro valor o derecho. Tal como se ha entendido en México, este modelo exige algo semejante al principio de estricta legalidad para establecer-

las. En cambio, en otras latitudes no se exige la consagración explícita de la excepción en la Constitución. Por ejemplo, en Estados Unidos, el establecimiento de categorías de expresión no protegidas bajo la libertad de expresión se ha llevado a cabo mediante interpretación judicial, muchas veces en forma compleja y casuística (Shiffrin y Choper 2001; Kalven 1988).⁸

Es importante señalar que, en el modelo clásico, los límites a la libertad de expresión son concebidos como una protección de un valor distinto y ajeno a la misma. La Constitución, en su artículo 6, contempla explícitamente los derechos de terceros, la moral y el orden público como derechos o valores que ameritan protección **frente a** las expresiones.

Ahora, la admisión de límites a la libertad de expresión genera dos tipos de categorías de discurso: **protegido y no protegido**. Lo relevante desde la perspectiva constitucional, es determinar qué tipo de expresión está en juego a fin de catalogarla correctamente. En el modelo clásico, si una expresión es clasificada dentro de una **categoría tutelada** por la libertad de expresión, la autoridad no podrá intervenir; si, por el contrario, la expresión cae dentro de una categoría desprotegida, entonces el Estado es libre de censurar o regular la expresión.⁹ Los discursos desprotegidos surgen precisamente cuando la libertad de expresión se topa con un derecho o un valor distinto —ajeno— que exige que la primera ceda ante él. Como se verá más adelante, la equidad en el modelo clásico es interpretada por el TEPJF precisamente como un valor distinto a la libre expresión que exige el establecimiento de una excepción ante la cual la segunda debe ceder.

⁸ Así, por ejemplo, el discurso obsceno (pornografía), la incitación a la violencia o a la rebelión son categorías que, bajo el modelo clásico, han quedado fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión por vía de la interpretación judicial.

⁹ Esta tendencia del modelo clásico a desembocar en un ejercicio de clasificación de las expresiones es, quizá, una de las consecuencias prácticas más características del modelo y será de enorme importancia para comprender la labor del TEPJF en la aplicación de la reforma constitucional de 2007.

Recapitulando, se puede decir que este modelo se distingue por las siguientes características:

- (I) Valora la expresión por sí misma, pues estima que constituye una forma de desarrollo personal o social.
- (II) Ve en la autoridad sólo una amenaza, por lo que le exige una conducta estrictamente pasiva.
- (III) Admite que la presencia de ciertos valores o derechos distintos a la libertad de expresión exigen que ciertos tipos de expresión no gocen de protección constitucional, generando así la necesidad de catalogar a las expresiones en distintas categorías de discurso para saber si se trata de una expresión tutelada o desprotegida por la libertad de expresión.
- (IV) Por último, y ligado a la característica señalada en el inciso (I) anterior, el modelo clásico refleja cierto perfeccionismo:¹⁰ se espera que la expresión contribuya sustantivamente al desarrollo personal y social.

Como se puede apreciar, este modelo doctrinal de libertad de expresión corresponde a la clasificación tradicional de los derechos fundamentales, aún muy extendida entre juzgadores. Los derechos fundamentales se entendían tradicionalmente como clasificables en dos tipos: derechos de primera generación (civiles y políticos), que se traducen en una obligación de **no hacer** o abstenerse por parte del Estado; y derechos prestacionales o de segunda generación (económicos, sociales y culturales), que se traducen en una obligación de hacer por parte del Estado. En este modelo, la libertad de expresión, como derecho de primera generación, se traduce en la obligación del Estado de no hacer —no censurar—. Sólo cuando rebasamos los límites de la libertad de expresión entonces es legítimo que el Estado actúe para censurar, a fin de proteger un valor o derecho **distinto** a la libre expresión.

¹⁰ Sería tal vez más preciso llamarle "aspiracionismo".

EL MODELO DEMOCRÁTICO

El modelo democrático no goza de tanta influencia como el clásico en la mayor parte del gremio jurídico. Sin embargo, como se verá, tanto el texto constitucional como la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los académicos que recientemente han escrito sobre la libertad de expresión reflejan ya la creciente influencia del modelo democrático. Para exponerlo, me apoyaré fuertemente en la obra de Owen Fiss,¹¹ no porque sea su primer o único proponente, sino porque es hasta hoy el más claro y el más cercano a nosotros.

Fiss explica al modelo democrático contrastándolo con el modelo clásico (que él llama **libertario**).¹² Éste, a diferencia del democrático, entiende que el derecho fundamental a la libertad de expresión tutela la expresión de los individuos no por su valor **en sí misma**, sino por su **función**: enriquecer y ampliar el ámbito del debate público **a fin de** permitir al ciudadano común conocer los temas y las posiciones involucrados en la deliberación colectiva. Como partícipes de la deliberación colectiva, los ciudadanos habrán de abordar los temas y conocer los argumentos que sustentan las distintas posturas en torno a ellos, posibilitando así el autogobierno democrático. La libertad de expresión no se tutela por el valor intrínseco de la expresión —porque sea edificante moral y socialmente—, sino porque **a través** de la expresión los ciudadanos se informan y participan en la deliberación colectiva y, a través de ella, en su propio gobierno. Esto es, la razón de ser del derecho a la libre expresión es social y política antes que individual (sin abandonar esta última).

¹¹ Para la exposición que sigue, me apoyo principalmente en el libro *The Irony of Free Speech* del año 1996. Salvo referencia explícita a **otro libro**, todas las citas están referidas implícitamente y a éste.

¹² En este texto me he apartado de la denominación de “libertario” empleada por Fiss por dos razones. Primero, porque mi impresión es que Fiss exagera el énfasis del modelo clásico en la valía de la expresión por sí al calificarlo de libertario y no liberal. Creo que el que el modelo clásico admita restricciones a la libertad de expresión lo descalifica como una posición auténticamente libertaria. Segundo, porque la veta “aspiracionista” o perfeccionista que he señalado está presente en la forma en que en México se ha entendido el modelo clásico, lo que hace imposible que se pueda considerar plenamente liberal (ya olvidemos libertario).

Siendo ésta la razón que justifica tutelar constitucionalmente la expresión, entonces la presunción de que la censura por parte del Estado es la amenaza contra la que se erige el derecho fundamental a la libertad de expresión pierde fuerza. El Estado no sólo debe abstenerse de intervenir ante la expresión de los individuos, puede también **protegerla** o **fomentarla**. El modelo democrático no niega que el Estado tenga el potencial de censurar las expresiones individuales, pero reconoce que el Estado también puede jugar el papel de fuente o garante de la libertad expresiva de los individuos. Más aún, en este modelo, el Estado no sólo tiene una función pasiva consistente en **permitir** que los individuos se expresen, sino que adquiere una función activa consistente en garantizar que se expresen y hacerlo de forma que se fomente la deliberación colectiva.

El modelo democrático reconoce que, en la actualidad, el Estado no es el único actor que tiene el poder suficiente para censurar, sobre todo al disidente. Ese poder lo tienen también —y cada vez más— los actores privados que aglutinan un poder desproporcionado frente a los demás interlocutores: medios de comunicación, empresarios poderosos, instituciones religiosas, etcétera.¹³ Si la función que cumple la libertad de expresión es eminentemente social y política, y no individual, entonces el Estado debe intervenir ante un actor privado con capacidad de silenciar a su interlocutor, a fin de garantizar que el interlocutor débil no sea excluido de la deliberación colectiva. Así, el Estado puede legítimamente intervenir en la deliberación colectiva y en la expresión de los interlocutores, fomentando a los débiles a fin de que no queden excluidos y modulando a los fuertes a fin de que no desplacen del todo a los primeros. La función del Estado al intervenir legítimamente se asemeja a la de un moderador en un debate.

El modelo democrático supone que si la Constitución otorga una protección reforzada a la libertad de expresión (al consagrarle como derecho fundamental), no es porque permita dar a conocer las ideas o sentimientos propios o para que el individuo se desa-

¹³ Tal vez éste sea el hecho, innegable, que más ha obligado a la doctrina constitucional a repensar el modelo clásico.

rolle plenamente, sino porque resulta indispensable para el **autogobierno colectivo**: la democracia.¹⁴ Por ello, lo que el derecho fundamental a la libertad de expresión tutela no es cada expresión aislada de cada interlocutor, sino la **deliberación colectiva**, que se conforma no sólo de expresiones, sino también de los silencios necesarios para escuchar a las demás expresiones.

Ahora bien, ¿qué consecuencias tiene adoptar las premisas de las que parte el modelo democrático? El modelo clásico aporta un modelo doctrinal que permite resolver los casos partiendo de un ejercicio de clasificación de la expresión en cuestión y de ponderación entre la libertad de expresión y algún contra valor —por ejemplo, el orden público, la moral, la privacidad y honra de los individuos, etcétera—. Con este esquema, el modelo clásico podría explicar el conflicto como una disputa entre libertad y algún otro valor. Si el otro valor derrota a la libre expresión, entonces estamos ante uno de los límites que excluyen a cierta categoría de discurso (obsceno, comercial, violento, etcétera) de la tutela constitucional.

El problema con el modelo clásico —advierte Fiss— es que la ponderación entre valor y contravalor (por ejemplo, libertad de expresión y equidad) se vuelve estérilmente casuística e imposible de resolver mediante la aplicación de principios generales y, en consecuencia, arbitraria en un grado importante. En contraste, en el modelo **democrático** la dicotomía se puede replantear de forma mucho más fecunda: no como un conflicto entre libertad de expresión e igualdad, sino como un conflicto entre libertad de expresión y libertad de expresión.

Las expresiones de unos pueden silenciar a otros. Esto es, ciertas expresiones de ciertos interlocutores pueden tener como efecto el **excluir** de la deliberación a otros interlocutores contra quien se dirigen. Esto, en al menos dos sentidos. Primero, pueden literalmente silenciar al interlocutor al imponer su propio discurso impidiendo que el interlocutor discriminado o exhibido llegue a ser escuchado. Segundo, pueden **descalificar** al interlocutor

¹⁴ "Speech is valued so importantly in the Constitution, I maintain, not because it is a form of self-expression or self-actualization but rather because it is essential for collective self-determination." (Fiss 1996, 3).

de forma que, aunque sea escuchado, su expresión no será tomada en cuenta simplemente por provenir de alguien que ha sido descalificado.

Por ejemplo, las expresiones que discriminan o exhiben a otros son problemáticas no sólo porque afectan la igualdad o la privacidad, sino porque, con independencia de ello, las expresiones que discriminan o exhiben pueden tener como consecuencia **silenciar** a quien es discriminado o exhibido si afectan o impiden su participación en la deliberación colectiva mediante su propia expresión. Cuando uno de los interlocutores es exhibido, puede preferir guardar silencio que exponerse a serlo nuevamente. Por otra parte, cuando uno de los interlocutores es discriminado, puede ser **desacreditado** al punto que ni siquiera se le toma en cuenta, aunque no guarde silencio. Cuando esto sucede (un individuo es silenciado por otro en estas formas), la **función** de la tutela constitucional a la libertad de expresión es derrotada: no puede haber deliberación colectiva y autogobierno si no hay interlocución, y para que exista la interlocución se requiere que los interlocutores puedan participar con un mínimo de garantía respecto de su inclusión. Quien es discriminado o exhibido no participa en el debate público, sea porque no se le escucha o porque si se le escucha, no se le valora por haber sido descalificado como interlocutor previamente.¹⁵

En otras palabras, la expresión de unos puede tener un **efecto silenciador** sobre la expresión de los otros. Este efecto no sólo se da en los casos en que el **contenido** del discurso de unos silencia a otros, también se presenta en casos en los que los medios empleados para propagar el discurso son a tal grado asimétricos, que tienen el efecto de marginar el discurso de una de las partes hasta hacerlo inaudible.

Todo esto hace que la **relación** entre interlocutores sea un factor preponderante a considerar. Esto es, el mismo mensaje pue-

¹⁵ Esa es, precisamente, una de las críticas a quienes han defendido la pornografía como libertad de expresión: el pornógrafo, al representar a la mujer "gozando" de la violencia y de su sometimiento, desacredita los reclamos posteriores de ésta en el sentido de que fue obligada o coaccionada a participar en la producción pornográfica (MacKinnon 1993).

de descalificar a un interlocutor y no a otro, puede ser silenciador si lo pronuncia un interlocutor y no otro. El **efecto silenciador** del discurso es necesariamente una función del contexto en el que se emite el mensaje. No podemos afirmar que un mensaje descalifique o inhiba, con independencia de su contexto (quién, dónde o cómo se dijo).¹⁶

Un ejemplo puede ayudarnos a comprender el modelo democrático: imaginemos que los partidarios de un candidato tienen la capacidad económica suficiente como para adquirir espacio en los medios electrónicos de comunicación a fin de apoyar a su candidato, mientras que los partidarios del candidato contendiente cuentan con escasos recursos, apenas suficientes para adquirir espacio en un periódico impreso local. La disparidad del impacto que tiene la propaganda difundida en medios electrónicos de comunicación comparado con el impacto de periódicos impresos, es tan abismal que los partidarios del segundo candidato quedarían, para efectos prácticos, excluidos de la posibilidad de expresar eficazmente al resto del electorado las razones por las cuales creen que su candidato debiera ser electo y no el contendiente.

En el hipotético caso presentado, si el Estado no interviene, el factor que determinará quién puede exponer sus ideas en el foro público y quién no, es la capacidad económica de cada uno. Bajo el modelo democrático, el Estado estaría legitimado —es más, obligado— a intervenir a fin de asegurar que el debate fuese mínimamente equilibrado, ya sea mediante el subsidio a los partidarios económicamente desaventajados, la restricción a todos del uso de los medios electrónicos de comunicación para apoyar a los

¹⁶ Decir, por ejemplo, que una determinada persona “es un peligro para México” tiene un efecto muy distinto dependiendo del contexto. Si quien lo dice es un candidato, en medio de una campaña política, acerca de su rival electoral, quien está igual o mejor posicionado que él, es muy difícil sostener que el mensaje tiene el resultado de descalificar o inhibir al candidato calificado como peligroso. Por el contrario, si quien emite el mensaje es presidente de la República y lo hace refiriéndose a alguien identificado como un disidente político en un contexto de violencia generalizada, entonces es más fácil admitir la posibilidad de que el mensaje descalifique al disidente. Todo esto, por supuesto, suponiendo que el presidente no esté, él mismo, tan desacreditado que su mensaje difícilmente sea tomado en serio. Al respecto, contrastense los mensajes analizados en el caso SUP-RAP-34/2006, con las declaraciones que al respecto hizo el presidente Felipe Calderón a inicios de octubre de 2010.

candidatos o una combinación de ambas medidas.¹⁷ Aquí, los límites de la expresión de un interlocutor aparecen en función de las necesidades de la deliberación colectiva misma y se justifican, no por virtud de un valor ajeno a la libertad de expresión —como la equidad, la imagen o la privacidad—, sino por virtud de la libertad de expresión misma: una libertad de expresión que integra la equidad y la pluralidad como condiciones para su funcionamiento adecuado.

En el modelo democrático, la relación entre interlocutores privados se torna central, ya no sólo la relación entre interlocutor privado y autoridad pública. Asimismo, la libertad de expresión deviene en un derecho **instrumental** con el objetivo inmediato de garantizar una deliberación pública incluyente, deliberación que se inserta necesariamente en el ámbito de lo político, ya que tiene por objeto posibilitar el **autogobierno colectivo**: la democracia. En este modelo, el Estado está constitucionalmente legitimado para intervenir, a fin de contener el efecto silenciador que pueda provocar el discurso de unos, sea por su contenido o bien por el medio que utiliza. Pero además, el Estado se concibe interviniendo de distintas formas —subsidiando, moderando o silenciando— y no sólo censurando. Más aún: la intervención del Estado frente a la expresión ya no es necesaria ni preponderantemente la censura, puede ser la apertura de espacios de expresión. Esto abre en forma considerable el abanico de políticas públicas que el Estado puede adoptar frente a la expresión. Bajo el modelo clásico, el instrumento único del actuar del Estado era la censura (cuando se vulneraba un valor o derecho constitucional distinto). En el democrático, los instrumentos que puede emplear el Estado ante la expresión, a

¹⁷ Es importante señalar que, en abstracto, la prudencia aconseja que se procure, primero, impulsar el discurso de quién queda excluido, antes que modular o acallar al interlocutor dominante. Pero hay ocasiones en que esto no es posible o que sólo es posible en alguna medida. Tal es el caso de la compra de tiempo aire para apoyar una candidatura. El Estado puede “subsidiar” la expresión de los interlocutores débiles si la totalidad de los interlocutores es un universo limitado (como los partidos políticos); pero difícilmente podrá hacerlo si el universo es indeterminado (por ejemplo, simpatizantes de los candidatos). Así, se explica que, en materia electoral, el constituyente haya optado por otorgar directamente tiempo aire a un universo limitado de interlocutores (los partidos políticos) y simultáneamente proscrito a todos los demás interlocutores (simpatizantes privados) de la radio y la televisión.

fin de garantizar y fomentar su pluralidad, son tan diversos como la creatividad (el resto del sistema constitucional) permita.

Pero además, lo importante —desde el punto de vista de la doctrina constitucional— es que está legitimado para intervenir **en nombre de la libertad de expresión misma** y no en nombre de otro valor y **a pesar** de ella. Cuando así lo hace, cumple una función análoga a la de un moderador parlamentario: modera el uso de la palabra de algunos para asegurarse que otros accedan también al podio, ampliándose y robusteciéndose la deliberación colectiva.

Así, la equidad deja de ser un valor ajeno y contrapuesto a la expresión y se torna en la condición necesaria para su pleno desarrollo. Al final de cuentas, la figura central del modelo democrático es el **auditorio** que recibe el mensaje y no el **emisor**.¹⁸ Entendida de esta forma, la tutela constitucional de la expresión busca que el auditorio tenga la oportunidad de escuchar y —si así lo elige— de aportar una deliberación plural y abierta.

Recapitulando, se pueden atribuir al modelo democrático las siguientes características:

- (I) La libre expresión de ideas se entiende como un valor **instrumental**, que busca garantizar que la deliberación colectiva sea incluyente y plural y, en consecuencia, que sirva para gobernar de forma auténticamente democrática.
- (II) Se admite que la autoridad puede fungir como un moderador de la deliberación pública, cuyo mandato es garantizar la inclusión y pluralidad en la deliberación colectiva frente a desequilibrios (sin dejar de tener presente que la autoridad también puede fungir como censor y, en consecuencia, debe ser debidamente vigilado y contenido).

¹⁸ En contraste, la figura central del modelo clásico era el **emisor**: él es la razón de ser de la libertad de expresión y ésta sólo sirve para que él —y él solo— pueda expresarse (sea para posibilitar su desarrollo personal o para actualizar su participación política). Por eso, en dicho modelo se concibe a la libertad de expresión como un derecho **individual**, en el sentido más literal del término. Si la democracia o el debate colectivo resulta beneficiado de esa expresión, qué bueno, pero para efectos legales poco importa (por el contrario, podría decirse que muchas veces hasta se privilegia un discurso antagónico o irrelevante para efectos del debate, precisamente porque es el ejercicio de un derecho individual). Lo fundamental es salvaguardar al pequeño individuo del poder del gran Estado: al héroe del villano.

- (III) Los límites a la expresión de unos se justifican en función del valor que la libertad de expresión misma persigue: un mínimo de equidad en la deliberación colectiva y el auto-gobierno. No se trata ya de la contraposición de dos valores que tendrán que ponderarse caso por caso y de forma arbitraria, sino de dos manifestaciones del mismo valor —la deliberación colectiva mediante la expresión desinhibida—, cuya tensión puede ser resuelta maximizando la tutela de dicho valor.

A diferencia del modelo clásico, el liberal no cuadra con la clasificación tradicional entre derechos de primera generación y de segunda (en que los primeros se concebían estableciendo obligaciones de **no hacer** a cargo del Estado y los segundos obligaciones de **hacer**). En el democrático no podemos concebir a la libertad de expresión como un derecho que se traduce en obligaciones sólo de hacer o sólo de no hacer a cargo del Estado. En este modelo, el Estado tiene obligaciones de hacer y de no hacer simultáneamente. Debe abstenerse de censurar sin motivo o de forma que restrinja la expresión indebidamente. Pero al mismo tiempo tiene obligaciones de hacer: garantizar acceso al debate de los interlocutores débiles, fomentar la pluralidad de posiciones y, cuando es necesario, proteger a los interlocutores débiles de los fuertes, moderando o reencauzando la expresión de éstos. Esto es, el modelo democrático corresponde a la concepción moderna de los derechos fundamentales en que el Estado puede tener obligaciones de distinto tipo consistentes en **respetar**, **proteger**, **garantizar** e inclusive **promover** (Abramovich y Courtis 2004, 28). El Estado debe **respetar** las expresiones siempre que no silencien a otros interlocutores indebidamente; **proteger** a los interlocutores débiles del efecto silenciador de la expresión de los fuertes; **garantizar** a todos los interlocutores igual acceso a la deliberación colectiva y, finalmente, **promover** la pluralidad de perspectivas presentes en la deliberación colectiva.

LA REFORMA DE 2007 Y LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXPRESIÓN

Teniendo presentes los dos principales modelos doctrinales de libertad de expresión, corresponde ahora describir y analizar brevemente el “nuevo modelo de comunicación política” consagrado por la reforma constitucional en materia electoral de 2007. Después de ello, y tomando en cuenta el sistema constitucional de regulación de la expresión en su conjunto, se hará un primer intento por identificar cuál es el modelo doctrinal que mejor explica la reforma. Hecho esto, se está en condiciones de llevar a cabo el análisis crítico de la labor que ha hecho hasta ahora el TEPJF.

EL NUEVO MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA EN LA REFORMA DE 2007

La reforma de 2007 introdujo muchas y diversas nuevas reglas al régimen constitucional que regula la materia electoral en general. Muchas de ellas afectan aspectos del régimen político y electoral que no incumben directamente a la libertad de expresión y que no forman parte del nuevo modelo de comunicación política. En este apartado, únicamente se identificarán y explicarán sumariamente sólo aquellos aspectos de la reforma que establecen dicho modelo y, en consecuencia, que incumben directamente al régimen constitucional que regula la expresión en general y garantiza la libre expresión en particular.

Antes de describir las principales características del nuevo modelo, es importante tomar en cuenta los objetivos explícitos de la reforma, esbozados en el dictamen que recayó sobre la iniciativa en el Senado. Por supuesto, no basta con leer los objetivos que el órgano dictaminador reconoce, pues una cosa es lo que se dice y otra lo que se hace, pero pueden ilustrar las preocupaciones que dieron lugar a la reforma.

El dictamen “hace suyas” las principales consideraciones de la iniciativa sobre la que recae, en específico los “objetivos rectores” de la reforma, a saber:

- (I) “Disminuir en forma significativa el gasto en campañas electorales”, en concreto, buscando evitar “el riesgo de que intereses ilegales o ilegítimos, a través del dinero, puedan influir en la vida de los partidos y en el curso de las campañas electorales”.
- (II) “El fortalecimiento de las atribuciones y facultades de las autoridades electorales federales a fin de superar las limitaciones que han enfrentado su actuación” de forma que “el Instituto Federal Electoral vería fortalecida su capacidad para desempeñar su papel de árbitro en la contienda”.
- (III) Finalmente, un tercer objetivo que la iniciativa subraya como de “importancia destacada”: “impedir que actores ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales y sus resultados a través de los medios de comunicación”.
- (IV) Ahora, un último objetivo, no identificado como tal en la iniciativa o en el dictamen, pero claramente señalado en ambos, es establecer “normas que impidan el uso del poder público a favor o en contra de cualquier partido político o candidato a cargo de elección popular, y también el uso del mismo poder para promover ambiciones personales de índole política”.

El impulso central de la reforma queda así claramente planteado: la reforma busca evitar que el dinero o el poder público se constituyan en los factores que determinen el resultado de las contiendas, en específico a través de la adquisición y uso de espacios en los medios de comunicación. Para ello, se fortalece al IFE como árbitro no sólo de la contienda electoral en general, sino específicamente de la comunicación política que se realiza a través de los medios electrónicos (con énfasis especial en el radio y la televisión).

La reforma se presenta así como una respuesta a la cuestionada elección presidencial de 2006. El “Dictamen relativo al cómputo final de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, declaración de validez de la elección y de presidente electo”

emitido por el TEPJF en 2006, por el cual se validó la elección presidencial y se declaró presidente electo a Felipe Calderón (del Partido Acción Nacional), señaló lo problemática que había resultado esa elección. Para el Tribunal, la sistemática intervención del presidente Fox a favor del candidato de su partido, así como la compra de tiempo aire por parte del Consejo Coordinador Empresarial para desacreditar a López Obrador (candidato del Partido de la Revolución Democrática y principal contrincante de Calderón), habían compuesto irregularidades contrarias a los principios constitucionales rectores de la contienda electoral, e inclusive el proceder del presidente Fox había sido “un riesgo para la validez de los comicios”. La reforma, claramente, buscaba evitar las irregularidades de la elección presidencial de 2006 en un futuro y así evitar que los procesos periódicos de deliberación colectiva que llamamos elecciones fueran puestos en tela de juicio.¹⁹ Ahora se verá si la instrumentación constitucional cumplió con los propósitos de la iniciativa y el dictamen.

El análisis de lo que **hace** el nuevo modelo de comunicación política de la reforma de 2007 puede realizarse distinguiendo sus principales innovaciones en tres grandes categorías:

1. Medidas que **garantizan** que determinados actores puedan realizar determinadas expresiones.
2. Medidas que **restringen** ciertas expresiones de ciertos actores.
3. Medidas que consolidan al IFE como árbitro no sólo de la contienda electoral, sino específicamente de las expresiones político-electorales en radio y televisión.

En el primer rubro se encuentra lo siguiente:

a) Derecho de réplica. La reforma adicionó el artículo 6 constitucional con la frase “el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley”. Con esto, el constituyente incluyó el derecho de réplica como parte del derecho fundamental de libertad de expresión/derecho a la información.

¹⁹ Sobre la decisión del TEPJF referente a la elección presidencial del 2006, véase Madrazo 2008.

La inclusión del derecho de réplica en el texto constitucional debe entenderse a la luz tanto de las elecciones presidenciales de 2006 —dominadas por la propaganda negativa— como de la deliberación de la SCJN sobre la acción de inconstitucionalidad 62/2006 (conocida como el caso ley Televisa).²⁰ El derecho de réplica, tal como fue incluido en la reforma de 2007, debe entenderse como parte del derecho a la información que tiene el público en general, más que a los derechos a la imagen personal del que gozan los individuos. Así lo señalaron las comisiones unidas del Senado encargadas de dictaminar la reforma:

Al introducir en la Constitución el derecho de réplica será posible que el Congreso de la Unión **actualice de manera integral el marco jurídico que tutela y protege el derecho a la información**, tal y como fue la intención del Constituyente Permanente con la reforma al propio artículo 6 en comento en reforma promulgada en fechas recientes (Comisiones Unidas 2007).²¹

Se entiende al derecho de réplica como parte del nuevo modelo de comunicación política, pues pretende asegurar que el público en general pueda estar debidamente informado sobre las imputaciones que se hacen a determinadas personas o instituciones al permitir a las personas o instituciones atacadas respondan a dichas imputaciones.

(b) Derecho de los partidos políticos al uso de los medios de comunicación social. Incluido en la nueva fracción III del artículo 41 constitucional, este derecho, otorgado a los partidos políticos, les da acceso gratuito a la radio y a la televisión, los foros en los que se desarrolla una parte central de la expresión y contraste de ideas políticas en elecciones. De esta manera, la reforma garantizó a los partidos políticos —y sólo a ellos— el carácter de interlocutores en

²⁰ Semanas antes de la emisión del dictamen, durante el periodo en que se dio la deliberación de la SCJN sobre el caso, las principales televisoras (en particular TV Azteca) habían desplegado una abierta campaña de desprestigio personal en contra de los ex senadores Bartlett y Corral, quienes habían encabezado la impugnación de la ley Televisa que estaba por decidirse ante la Corte.

²¹ Énfasis añadido.

el debate público en un foro específico y muy relevante: el de los medios electrónicos de comunicación.

La reforma regula la distribución de tiempos oficiales que corresponderán a cada partido, durante los periodos electorales y fuera de ellos. Ahora bien, la manera en que se distribuyen dichos tiempos entre los distintos partidos políticos es muy relevante, pues pone de manifiesto uno de los objetivos centrales de la reforma: la mayor parte del tiempo —70%— se distribuye conforme a la preferencia electoral que cada partido haya alcanzado en la elección inmediata anterior; pero el restante 30% debe distribuirse por partes iguales entre los partidos. El que 30% del total del tiempo aire sea distribuido por igual entre los contendientes, garantiza que **todos** los partidos, con independencia de su fortaleza o debilidad política del momento, queden **incluidos** dentro de la comunicación. En consecuencia, podemos concluir que uno de los objetivos de la reforma fue garantizar un espacio mínimo de interlocución para todos los contendientes electorales. El nuevo modelo de comunicación política cuenta, entonces, con una veta **incluyente** muy importante.

En la segunda categoría se encuentra lo siguiente:

(a) Prohibición de los partidos de adquirir tiempos adicionales de radio y televisión. La reforma establece que “[l]os partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión”. **Se prohíbe absolutamente** la posibilidad para los partidos y candidatos de expresarse en radio y televisión en espacios y tiempos distintos a los que se les asigna el propio IFE. Esta medida, en conjunto con el derecho a gozar de tiempos gratuitos en radio y televisión asignados por el IFE, establece un régimen muy estructurado de comunicación y expresión de los principales actores en la deliberación electoral —partidos y candidatos— en el principal foro de comunicación y expresión política —la radio y la televisión—. Todos los partidos quedan incluidos en la deliberación pública a través del radio y la televisión, pero ninguno puede participar más allá de lo que la autoridad determina.

(b) **Prohibición de que actores distintos a los partidos se expresen en radio y televisión.** Además de prohibirles a los partidos la adquisición de tiempo aire, la reforma constitucional prohíbe que “[n]inguna otra persona pública o privada” pueda contratar tiempo aire en radio o 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”. Considerando que sólo quienes tienen una capacidad adquisitiva considerable tienen la posibilidad de adquirir tiempo en radio y televisión, la prohibición pretende cumplir el doble objetivo de la iniciativa, esto es: evitar que el dinero se convierta en el factor determinante de la contienda electoral y que actores ajenos al proceso intervengan de forma ilícita o indebida.

(c) **Prohibición de denigrar a instituciones o calumniar a personas.** En lo que ha sido una de las medidas más polémicas de la reforma, el apartado C del artículo 41 constitucional establece que “[e]n 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”. La prohibición no se vincula directamente con ninguno de los objetivos de la reforma señalados en el dictamen. Esta disposición ha sido, como se verá más adelante, una de las porciones de la reforma que más ha influido en la interpretación que de ella ha hecho el TEPJF y será de enorme importancia al analizar los fallos del Tribunal.

(d) **Suspensión de la propaganda gubernamental durante los comicios.** La reforma también ordena que se suspenda “toda propaganda gubernamental” durante el periodo comprendido entre el inicio de las campañas electorales y hasta el día de la elección. La prohibición no incluye las campañas de información de las propias autoridades electorales y sí contempla ciertas excepciones (las campañas referentes a servicios educativos, de salud o casos de emergencia), pero en general encuadra plenamente con el objetivo de evitar que actores ajenos al proceso influyan en su resultado, específicamente que el poder público sea utilizado para influir en las elecciones.

Finalmente, en la tercera categoría se pueden ubicar las siguientes disposiciones de la reforma:

(a) **El IFE como administrador único de los tiempos del Estado en radio y televisión.** Tanto federal como localmente, la reforma constitucional establece al IFE como administrador del tiempo oficial en radio y televisión. Según la reforma, el IFE “será la autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión destinado a sus propios fines y al ejercicio del derecho de los partidos políticos” (apartado A de la fracción III del artículo 41 constitucional). Ciñéndose a los criterios generales establecidos en la propia Constitución, él administra y distribuye el tiempo aire —el foro— entre los contendientes políticos. Durante los periodos electorales, el IFE cuenta con la totalidad del tiempo del Estado; durante periodos no electorales, con la parte del tiempo aire del Estado destinado a los partidos políticos y las autoridades electorales.

(b) **El IFE como único adquirente autorizado de tiempo aire en radio y televisión.** Además de otorgarle la administración del tiempo aire del Estado, la reforma le otorga al IFE la facultad **exclusiva** de adquirir espacios en radio y televisión en exceso de los tiempos de Estado. Este monopsonio de tiempo aire implica que el IFE es encargado de determinar no sólo la proporción del tiempo aire de cada contendiente en una disputa electoral, sino también el **volumen**, por así decirlo, de propaganda político-electoral en medios electrónicos de comunicación. Esto es, no sólo determina qué tanto se expresa cada uno de los protagonistas electorales en el principal foro público de hoy en día, sino qué tanta propaganda electoral (un tipo específico de expresión político-electoral) hay en dicho foro.²²

²² Ello con fundamento en el último párrafo del apartado B del inciso III del artículo 41 de la Constitución: “Cuando a juicio del Instituto Federal Electoral el tiempo total en radio y televisión a que se refieren este apartado y al anterior fuese insuficiente para sus propios fines o los de las otras autoridades electorales, determinará lo conducente para cubrir el tiempo faltante, conforme a las facultades que la ley le confiera”.

De la caracterización ofrecida podemos concluir que, a grandes rasgos, la reforma, efectivamente, hace lo que la iniciativa dice, al menos en cuanto a comunicación política se refiere. Por una parte, modera la importancia del dinero en la contienda electoral, al excluirle —al menos formalmente— de los criterios que determinan qué tanto acceso tienen los contendientes al principal foro público en nuestra sociedad: la radio y la televisión.²³ Asimismo, excluye del foro de radio y televisión a ciertos actores que hasta entonces habían no sólo participado, sino inclusive ocupado un espacio dominante como interlocutores.²⁴ Por último, otorga al IFE un papel no sólo dominante, sino excluyente en la **distribución** de espacios para propaganda política en radio y televisión y de la **determinación del volumen** de dichos espacios.

EL NUEVO MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA Y EL MODELO DOCTRINAL DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

¿Qué dice este modelo de comunicación política acerca del modelo doctrinal de libertad de expresión adoptado por el constituyente? El modelo de comunicación político-electoral plasmado en la Constitución tras la reforma de 2007 refleja el modelo doctrinal que se ha identificado como democrático, por oposición al clásico.

En primer lugar, la actitud del constituyente hacia la autoridad dista de ser el de desconfianza *a priori* que aparecía en el modelo clásico. De hecho, es casi lo opuesto: el constituyente deposita una enorme responsabilidad y, por añadidura, mucha confianza en la autoridad electoral. El IFE distribuye el foro para que candidatos y partidos se expresen y, además, determina el tamaño de ese

²³ Por supuesto, el dinero sigue siendo un factor relevante —quizá el que más— en otros foros —medios impresos, por ejemplo, o calles y plazas públicas— e inclusive en el mismo foro de radio y televisión (el dinero, entre otras cosas, influye en la calidad y eficacia de la propaganda con la que unos y otros partidos y candidatos ocupan el espacio que les es otorgado en radio y televisión). Por otra parte, el “infomercial” político, en el que se presenta lo que parece propaganda como si fuera reportaje, entrevista o parte de un noticiero, ha surgido como género televisivo y proliferado a partir de la reforma, pero es muy difícil comprobar que se trata de propaganda y no de reportaje, entrevista o noticiero en un procedimiento jurisdiccional.

²⁴ Como el propio dictamen que fundó la declaratoria de validez de la elección presidencial de 2006 documenta.

foro. Ciertamente, la autoridad parece como una amenaza, pero en su calidad de interlocutor, no de censor: el gobierno, interlocutor desproporcionadamente poderoso, debe ser silenciado durante el periodo electoral a fin de no inclinar la contienda a favor de alguno de los contendientes.

El papel del IFE como árbitro de la contienda corresponde al de un moderador parlamentario, propio de la autoridad del modelo democrático de la libertad de expresión. Este tipo de moderador otorga la palabra a unos u otros, exige respeto para el orador en turno, acota el espacio de expresión de cada interlocutor, ordena el debate y establece los cauces mediante los cuales ha de desarrollarse la deliberación colectiva.

En el régimen de comunicación establecido por la reforma, la amenaza a la libertad de expresión no proviene del árbitro de la contienda, que excluye a algunos del foro de la radio y la televisión, incluye a otros y decide cuánto y qué espacio tendrán para expresarse. La amenaza proviene de los interlocutores desmedidamente poderosos: el gobierno o los actores privados acaudalados que, con una capacidad política y económica superior a la de los demás interlocutores, pueden frustrar la deliberación con el efecto silenciador de su discurso. Por eso, el árbitro no sólo debe contenerles, sino que además debe asegurarse que el auditorio que asiste al debate tenga oportunidad de escuchar a todos los interlocutores en el foro de radio y televisión: a cada uno se le debe garantizar un mínimo de espacio para expresarse y responder a sus contendientes. Se pretende que el debate sea robusto y desinhibido, no porque esté libre de regulación, sino precisamente porque está **debidamente regulado**.

No sólo los rasgos generales del nuevo modelo de comunicación política embonan con el modelo democrático libertad de expresión que la doctrina constitucional ofrece, sino también sus reglas específicas. Por ejemplo, el derecho de réplica y su ubicación en el texto constitucional entre el derecho a la libre expresión (*stricto sensu*) y su mancuerna, el derecho a la información, se explica, ciertamente, como una medida para asegurar que uno de los interlocutores no sea excluido de un debate que le afecta directamente.

Pero no sólo eso, si rescatamos la idea de que el auditorio es una figura central en el modelo democrático, el derecho de réplica también se explica porque garantiza que —habiendo imputaciones directas de por medio— quien escucha conozca las versiones contrapuestas de tales acusaciones. Además, otorgar el derecho de réplica a un interlocutor en un debate implica abrir el espacio necesario para que se defienda cuando se pretende silenciarle o neutralizarle mediante el descrédito. Para garantizar que la deliberación pública sea rica y plural y que el auditorio tenga la oportunidad de valorar las expresiones de forma directa y no sólo a través del filtro —negativo— de alguien más, es fundamental dar oportunidad de defenderse a los interlocutores desacreditados por sus contrapartes.

En el mismo sentido debe entenderse la prohibición constitucional de expresiones de partidos o candidatos que denigren o calumnien a personas o instituciones. Lo grave —desde la perspectiva del debate plural y abierto— de la denigración de una institución o la calumnia de una persona, es que esa institución o persona son desacreditadas —dejan de ser tomadas en cuenta por sus interlocutores— o inhibidas de seguir participando en la deliberación y, en consecuencia, la deliberación se torna menos plural y se empobrece.

La regla que prohíbe denigrar a las instituciones o calumniar a las personas es, en mi opinión, marginal en el diseño general del nuevo modelo de comunicación política (opinión no compartida por el TEPJF quien, como se verá, la ha hecho pieza central de su interpretación constitucional). Sin embargo, forma parte de la Constitución (decisión que considero desafortunada, por cierto) y es necesario explicarla. La interpretación que resulta del modelo clásico será evidenciada en el apartado en que se estudia la labor del TEPJF. Aquí esgrimiré, en grandes trazos, cómo se interpretaría esta regla desde el modelo democrático. Para empezar: calumniar a las personas puede inhibirlas de participar en el debate o bien desacreditarlas como interlocutores válidos. Vista así, se puede entender su inclusión. Sin embargo, resulta difícil aceptar que una institución pueda ser desacreditada o inhibida por otro inter-

locutor, por lo que no se justificaría la inclusión de la regla que prohíbe denigrar a las instituciones. Ahora, creo que sí se puede presentar el caso en que se desacredite o inclusive se inhíba a las instituciones, pero sólo en casos extremos (e incluso entonces el estándar para considerar que han sido denigradas las instituciones habría de ser muy alto). Para aceptar esta posibilidad, se requiere que quien deniga sea un interlocutor especialmente potente, como sólo contados actores pueden serlo. Además, se requiere que la institución “denigrada” sea comparativamente poco afín a la comunicación pública en su quehacer, de forma que lo que diga difícilmente sea escuchado o entendido por el público. Me vienen a la mente sólo dos casos. El primero en junio de 2007, TV Azteca atacó frontalmente a la Suprema Corte acusándola de ser autoritaria (una “corte chavista”) durante la decisión del caso ley Televisa. Allí teníamos a una institución particularmente poderosa como interlocutor —una cadena televisiva con aproximadamente 30% de la audiencia nacional— atacando a una institución colegiada, altamente técnica y mal adaptada para la comunicación social —la Suprema Corte—. El otro caso también es referente a la Suprema Corte, en agosto de 2010, ésta validó la constitucionalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal, el cardenal Sandoval Íñiguez de Guadalajara acusó a la SCJN de corrupta. La Corte, si bien manifestó un extrañamiento al cardenal (los 11 ministros emitieron un voto de censura antes de iniciar la sesión sobre *adopción* del 16 de agosto de 2010), podría considerársele un interlocutor comparativamente débil ante la opinión pública frente al cardenal. Ahora, lo cierto es que ni siquiera la posibilidad de que se presenten estos casos justifican la presencia de la regla constitucional que prohíbe denigrar a las instituciones, pero al menos, al interpretársele con el modelo democrático se minimiza el daño que implica el haber incluido dicha regla como parte del nuevo modelo de comunicación política.

Por supuesto, la regla puede también interpretarse como protectora de la privacidad, imagen o prestigio personal de las instituciones y personas. Pero si algún tipo de expresión merece protección en un régimen democrático, es la crítica que se hace

a quienes buscan y ejercen el poder; y si es legítimo exigirle a alguien que tolere las expresiones negativas —difamantes incluso— en su contra, es precisamente a los políticos y servidores públicos, quienes han elegido someterse, *ex officio*, al escrutinio público en forma intensa y continua. Tratándose de una contienda electoral, la restricción de expresiones denigrantes o calumniosas hace sentido porque de desacreditarse absolutamente a un interlocutor, se estaría empobreciendo el debate. La restricción no se justifica en aras de proteger la imagen o buena reputación de los políticos y funcionarios. Tan así es, que la frase que más frecuentemente se utiliza para sintetizar el meollo de la protección de la libre expresión —esto es, garantizar que “el debate en torno a asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto” (Shiffrin y Choper 2001, 56;²⁵ Kalven 1988; Fiss 2010 y 1996; MacKinnon 2000; Salazar y Gutiérrez 2008; Vázquez 2007)— fue acuñada en un fallo judicial para justificar, precisamente, la negativa de reconocer el derecho de un funcionario público a exigir reparación por la vía civil en virtud de la difamación que sufrió a raíz de acusaciones que no sólo eran críticas de su desempeño, sino además falsas.²⁶

El modelo democrático ofrece el sustento teórico para el nuevo modelo de comunicación política que nos ofrece el constituyente de 2007. En contraste, el clásico se topa con grandes obstáculos para explicar el régimen constitucional establecido por la reforma. ¿Cómo justificar bajo este modelo la exclusión absoluta del empresariado o del gobierno del foro en el que se está llevando a cabo el debate público? Que un interlocutor poderoso, poderosísimo inclusive, se exprese tanto o tan intensamente que desplace a los demás interlocutores, no vulnera un valor o derecho distinto al de la deliberación pública misma y en consecuencia no puede constituir un límite a la libertad de expresión en el modelo clásico. Éste tampoco explica satisfactoriamente las restricciones de contenido (denigración y calumnia), so pena de implicar que los políticos

²⁵ Traducción del autor.

²⁶ El fallo de la Suprema Corte estadounidense, redactado por el ministro Brennan, recayó en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84. S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686 (1964).

y funcionarios, por serlo, merecen **mayor** protección a su reputación, imagen u honra que los ciudadanos. Finalmente, el papel del IFE como moderador que controla el uso del foro por los distintos interlocutores, que retira el micrófono a unos para entregárselo a otros, es incompatible con el modelo clásico de libertad de expresión que desconfía profundamente de la autoridad. El liberalismo que informa al modelo clásico tampoco aceptaría fácilmente el monopsonio otorgado al mismo IFE para la compra de espacio en radio y televisión para propaganda política.

Ahora bien, identificar al modelo democrático como estructura subyacente de la regulación no necesariamente implica que todo el régimen constitucional de la expresión coincida con dicho modelo. Bien podría tratarse de una excepción a un régimen de libertad de expresión fincado en el modelo clásico. Pero cuando se revisan los diversos artículos constitucionales que de una forma u otra regulan la expresión, la idea de que el modelo democrático informa nuestro régimen constitucional se fortalece.

El artículo 6 constitucional, que junto con el subsecuente conforman el corazón del régimen de libertad de expresión, contiene la fórmula que bien puede corresponder al modelo clásico de libertad de expresión: “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”. Hasta aquí, la libertad de expresión corresponde al modelo clásico; se le limita sólo cuando afecta valores externos: la moral, el derecho penal, el orden público y los daños a terceros. También la amenaza a la libertad de expresión que el artículo 6 imagina corresponde al modelo clásico: la inquisición judicial o administrativa, es decir, la autoridad es quien debe ser contenida en sus impulsos por erguirse en censor.

Pero si en su origen el modelo clásico pudo haber inspirado el régimen constitucional de libertad de expresión, el texto hoy vigente ya no lo refleja. La inclusión del derecho de réplica —ya explorado— y de un muy amplio derecho a la información, garantizado precisamente por el Estado, implica ya una concepción de la autoridad no sólo como censor, sino como garante, autorizada para **actuar** a fin de que las personas accedan a la información.

Por su parte, el artículo 130, que consagra la separación Iglesia-Estado, principio largamente considerado como uno de los pilares de la Constitución de 1917 y del sistema político mexicano desde la Constitución de 1857, también impacta a la expresión. El artículo regula a las iglesias y los ministros de culto e incluye en su inciso e) una fuerte restricción a sus expresiones:

Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

A los ministros de culto se les prohíbe hacer proselitismo político o expresarse en contra de las leyes, las instituciones y los símbolos patrios. Esta fortísima restricción a la expresión no cabe dentro del modelo clásico; sólo hace sentido si se reconoce que los ministros de culto son interlocutores especialmente influyentes, capaces de desacreditar a sus contrapartes como pocos otros actores. Esto es, el efecto silenciador de su discurso es tan grande que amerita una restricción para intervenir en un ámbito particular, la política, o para criticar a la autoridad, pues el poder de la Iglesia es tal que puede minar su autoridad si se lo propone (o al menos históricamente así ha ocurrido en más de una ocasión). Si se reconoce este hecho, y se lee al artículo 130 constitucional a la luz del modelo democrático de la libertad de expresión, entonces la restricción hace pleno sentido.

Así, las expresiones de empresarios (artículo 41), poderes públicos (41 y 134) e iglesias (artículo 130) son restringidas por la Constitución en materia política, ante el riesgo de que el efecto silenciador de su discurso torne anémico al debate público, privándolo de pluralidad y, en consecuencia, de representatividad. En el otro extremo —el de los interlocutores débiles— la Constitución se hace cargo de garantizar su inclusión como interlocutores en el autogobierno. Una restricción no específica a la expresión, pero

que sin duda aplica, es la prohibición de la discriminación contenida en el artículo 1: éste prohíbe la discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, entre los que se encuentra la libertad de expresión. Así, por ejemplo, discriminar a los que no son heterosexuales, acusándolos de “perversos”, “enfermos” o algún otro calificativo semejante, mina, entre otras cosas, su capacidad de participar como interlocutores respetados y reconocidos en la deliberación colectiva.

Pero la Constitución es también más precisa al garantizar que interlocutores históricamente marginados accedan a los espacios de deliberación pública, aun cuando su acceso sea relativamente costoso. El artículo 2, que consagra los derechos específicos de los pueblos indígenas, impone una amplia gama de obligaciones a cargo de las autoridades que no pueden ser entendidas sino como mecanismos para garantizar la interlocución efectiva con estos grupos que históricamente han sido marginados e invisibles en el foro público. El derecho a contar con intérpretes y defensores en sus idiomas y el impulso al respeto y reconocimiento de las diversas culturas indígenas pueden entenderse en este sentido. Pero una medida que indudablemente va orientada a fortalecer a los grupos indígenas como interlocutores, a fin de incluirlos con éxito en la deliberación colectiva, es el mandato impuesto a todos los niveles de gobierno: “establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.”²⁷

Todas estas cláusulas constitucionales versan directamente sobre la expresión, sus medios y sus límites. Consideradas individualmente, la enorme mayoría de las disposiciones se explican sólo a la luz del modelo democrático (sólo la oración inicial del artículo 6o., separada del resto del párrafo y artículo en que se encuentra, cabría dentro del modelo clásico). Consideradas en su conjunto, las razones para sostener que el modelo que da forma a nuestro régimen constitucional de libertad de expresión corresponde al de-

²⁷ Artículo 2o., apartado B, fracción VI de la Constitución.

mocrático son abrumadoras. En todo caso, si bien la casi totalidad de las disposiciones constitucionales en materia de libertad de expresión corresponden sólo a dicho modelo, el nuevo modelo de comunicación política vino a consolidar, en forma difícil de ignorar, la correspondencia de nuestra Constitución al modelo democrático.

Pero no sólo es el texto constitucional el que se inclina hacia este modelo. Tanto en la judicatura como en la academia, se puede encontrar ya una forma de entender la libertad de expresión que denota que el modelo que informa la tutela constitucional de la libertad de expresión es el modelo democrático. Por ejemplo, Pedro Salazar y Rodrigo Gutiérrez, en un trabajo sobre las tensiones entre la libertad de expresión y la no discriminación, identifican con claridad el meollo:

[...] el Estado no es el único violador potencial de libertades fundamentales: las eventuales invasiones de la esfera de libertad individual también pueden ser provocadas por acciones de actores no estatales. Esto vale tanto para poderes delincuenciales, como una banda de secuestradores puede privarnos de la libertad personal, como para una gran corporación de medios de comunicación que puede asfixiar nuestra libertad de expresión, por ejemplo, a través de un monopolio (o duopolio) mediático.

[...] Esto [...] es particularmente interesante para el tema de la libertad de expresión, porque implica que el Estado –que históricamente ha sido considerado el principal violador potencial de las libertades–, en una paradoja aparente, si bien debe estar limitado en sus poderes (para evitar que viole los derechos en mérito), al mismo tiempo, debe ser capaz de proteger los derechos de libertad de la persona “x” ante el poder del agente privado (individual o colectivo) “z” y, para lograrlo, debe ser capaz de utilizar sus legítimos poderes para limitar o para neutralizar a los poderes privados. De hecho, en la actualidad la libertad de expresión no sólo depende de la no intromisión del Estado en la esfera de los particulares sino que, en sociedades complejas como las nuestras, **para asegurar la igual libertad de todas las personas, el Estado debe hacer algo más que sólo retirarse.** Además de garantizar que particulares poderosos no

vulneren dicha libertad (o la monopolicen), también debe llevar a cabo acciones concretas para que ésta se encuentre al alcance de todos: asegurar espacios públicos, medios de comunicación accesibles a toda la población, etcétera. En síntesis, en materia del derecho a la libre expresión, el Estado debe, por una parte, respetar (no intervenir), por otra, proteger (impedir que particulares violen el derecho) pero también tiene la obligación de actuar para hacer efectivo (facilitar, promover, garantizar) el derecho. (Salazar y Gutiérrez 2008, 7)²⁸

En el foro judicial también se interpreta ya a la libertad de expresión en forma más afín al modelo democrático. La Suprema Corte de Justicia, al fallar el caso de la ley Televisa, habló de:

la función que el Estado tiene encomendada como guardián de la libertad de expresión y del derecho a la información, **función que supone el fomento de la pluralidad y diversidad** en la conformación de los medios de comunicación masiva, con el objetivo irrenunciable de generar una sociedad más integrada, más educada y, **sobre todo, más justa**. (SCJN, acción de inconstitucionalidad 62/2006, 608)

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sostuvo, en un criterio que versaba sobre los medios electrónicos de comunicación, que “la única razón para prohibir el uso de nuevos canales, o para cancelar concesiones y permisos de canales de uso, será el evitar que se forme un monopolio que coarcte la libertad de expresión...” (Vázquez 2007). Al respecto, Santiago Vázquez señala:

Conforme a este criterio, los medios de comunicación deben ser regulados por el Estado de manera activa para evitar que se coarcte la libertad de expresión por vicisitudes del mercado, de manera que éstos contribuyan a formar una libre expresión con un carácter plural.

²⁸ Énfasis añadido.

El nuevo modelo de comunicación política y el modelo doctrinal de la libertad de expresión que le da forma y al que se ha llamado “democrático”, puede o no gustar. Lo que es difícil de negar es que el modelo democrático **explica** no sólo la regulación constitucional de la propaganda político-electoral, sino también la regulación constitucional de la expresión en general.

Además de evidenciar la creciente aceptación del modelo democrático como lente doctrinal a través del cual se debe interpretar la libertad de expresión en nuestro régimen constitucional, es importante subrayar dos cuestiones que se desprenden de las citas anteriores. Primero: que en todas encontramos a la pluralidad y a la equidad como **parte** de la libertad de expresión, no como valores, derechos o principios externos y, potencialmente, contrastantes con la libertad de expresión. Segundo: que en todos los casos se refieren a cuestiones vinculadas con los medios electrónicos y masivos de comunicación, en específico, al radio y la televisión: los foros regulados por el nuevo modelo de comunicación política. La importancia del radio y la televisión como medios de expresión, pero sobre todo como foros de deliberación colectiva, explican esta atención de la academia y la judicatura. Pero también explican la necesidad de reconceptualizar el modelo doctrinal de libertad de expresión. Pensar a la televisión y al radio como si fuesen uno más de los temas vinculados a la libertad de expresión tergiversa el funcionamiento y aplicación del régimen constitucional en la materia. Es fundamental reconocer que ambos medios —y crecientemente internet— son los principales vehículos de comunicación en nuestras sociedades y cualquier regulación o construcción doctrinal de la libertad de expresión debe tomar en cuenta, como central, a estos foros en los que las empresas privadas de telecomunicaciones, ya no el Estado, resultan dominantes. Se trata del nuevo núcleo no sólo de la libertad de expresión, sino del funcionamiento del sistema político en su conjunto. De allí la atención que recibió en la reforma electoral del año 2007. Nos guste o no nos guste, el modelo democrático de libertad de expresión es el que dota de sentido a la regulación de la expresión en nuestro sistema constitucional.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, SEGÚN EL TRIBUNAL ELECTORAL

Esta sección presenta el análisis crítico de la interpretación que el TEPJF ha hecho de la libertad de expresión a través de su aplicación de la reforma de 2007. La conclusión a la que arribé, tras estudiar cerca de veinte de sus fallos, es que el Tribunal ha aplicado la reforma de 2007 a través del lente del modelo clásico de libertad de expresión. Como el lector de este ensayo podrá inferir, no comparto esta elección del Tribunal y, en su momento, explicaré —o mejor, creo que se verá— por qué. Antes de entrar en materia, sin embargo, es importante hacer algunas aclaraciones preliminares.

Primero, quiero reiterar que el enfoque que guía tanto el análisis como la crítica que aquí se ofrecen, se centra en la construcción doctrinal de la libertad de expresión que realiza el Tribunal al resolver los casos. Lo que interesa es la comprensión que hace de la libertad de expresión por encima de los resultados específicos de sus fallos. A través de la interpretación de la reforma, el Tribunal está asumiendo un papel protagónico en una etapa prolifera y fundacional del desarrollo de la libertad de expresión en la doctrina constitucional. En consecuencia, creo que es primordial analizar y criticar la labor hasta ahora hecha en relación con lo básico: el modelo de libertad de expresión que informa las resoluciones del Tribunal. Se está en un momento en el cual existe ya suficiente material para vislumbrar el perfil que le está dando a la libertad de expresión a través de la aplicación del modelo de comunicación política establecido por la reforma; y al mismo tiempo se está aún en un momento oportuno para revisar las decisiones que se han venido tomando y confirmar si éste es el mejor camino a seguir o si es preciso rectificar.

En segundo lugar, quiero hacer una observación que encontré en forma más o menos consistente en los fallos analizados: en general, el Tribunal no hace explícita una interpretación comprensiva y preliminar de la reforma de 2007. Es el IFE quien, con frecuencia, incluye una sección “preliminar” en sus decisiones en las cuales expone con amplitud su interpretación de la reforma. Estos posicionamien-

tos preliminares no siempre, o no muy frecuentemente, determinan la decisión a la que arriba el IFE, pero sí le permiten, al menos retóricamente, ubicar en que punto se centrará su cuestionamiento y argumentación. Por lo general, el Tribunal no revisa, cuestiona o convalida esta “ubicación” de la litis —esto es, la pregunta a responder entre al menos dos soluciones contendientes— propuesta por IFE. Se limita a confirmar o disentir con la solución concreta a la que arriba el Instituto, pero no con su planteamiento del problema.²⁹

²⁹ Esta constante en los fallos del Tribunal me llevó a considerar seriamente tomar la interpretación de la reforma de una y otra instancia como un todo monolítico. Sin embargo, he optado por no aplicar la vieja fórmula romana que reza que “el que calla otorga”, pues creo que el TEPJF, como en general cualquier tribunal, merece el beneficio del minimalismo: no dijo más que lo que dijo y lo que directamente se implica de su dicho. La alternativa le hubiese fincado al Tribunal responsabilidad por *culpa in vigilando*, misma que no parece justo imputarle. En consecuencia, al seleccionar lo que habría de exponerse en el análisis que contiene el apartado siguiente, me mantengo dentro del ámbito de lo dicho por el TEPJF en sus sentencias, aunque para la comprensión de cada caso es importante tener a la vista el diálogo institucional que el TEPJF sostiene con el IFE. En cualquier caso, un estudio más completo sobre los derroteros de la libertad de expresión a partir de la reforma de 2007 ameritaría un estudio que abarcara tanto al IFE como a las Salas Regionales del Tribunal Electoral.

Hay otras características de los fallos del TEPJF que no se reflejan cabalmente en el análisis que se ofrece en los apartados subsecuentes, pero que son importantes para entender tanto su labor como el trabajo de análisis y crítica que aquí se ofrecen. Por razones de economía y espacio —y para no hacer más pesada aún la lectura—, se presentan en este pie de página y no en el cuerpo del texto. El Tribunal está perpetuando una añeja y perjudicial práctica que aqueja al gremio en México y quizá a toda la región: las sentencias reproducen el expediente del caso en una proporción importante. Esto quiere decir que la sentencia contiene la transcripción de la decisión que está revisando —en este caso las decisiones del IFE—, buena parte de los recursos interpuestos por las partes y, con frecuencia, también reproduce las pruebas ofrecidas durante la tramitación del caso (que muchas veces es redundante, ya que ese mismo ejercicio fue realizado por la autoridad responsable: el IFE). Todo ello antes de recapitular el tema a resolver —la litis— y sólo entonces entrar en materia. Esto hace que los fallos sean áridos, difíciles de leer y más aún de entender, pues mucho de lo que ocupa espacio termina por no incidir en la decisión. La opacidad que resulta de este ejercicio mina no sólo la credibilidad de la autoridad judicial ante la ciudadanía, sino también la coherencia interna de los fallos. Así, el ejercicio de quien comenta una sentencia judicial consiste, en gran medida, en destilar aquello que es realmente relevante para el fallo y para la construcción de una doctrina a través de distintos casos. Dadas las circunstancias, el ejercicio tiende a ser impreciso, difícil de contrastar o verificar y, en consecuencia, depende mucho de la capacidad de abstracción e intuición del comentarista. Así, es probable que mi lectura de los fallos del Tribunal no coincida con la de otros comentaristas, y es importante que se genere un diálogo que permita —colectivamente— desentrañar qué es lo que realmente dijo el Tribunal y qué de lo que dijo es relevante. Por lo que a mí toca, estoy bastante seguro de mis conclusiones y espero poder contrastarlas con quienes no coincidan, pues es sólo a través de un diálogo serio y continuado —entre académicos y entre la academia y la judicatura— que se podrá ir mejorando la interpretación y aplicación del nuevo régimen constitucional en materia electoral y en materia de libertad de expresión. Esta tendencia a la extensión hace, además, que mucho de lo que contiene la sentencia no cumpla función alguna en

El TEPJF concibe a la libertad de expresión, preponderantemente, en términos del modelo clásico. Existen ciertos temas en los que el modelo democrático aparece e inclusive guía la argumentación del Tribunal, pero son los menos y terminan por lo general por ser marginales o marginados. En su momento se analizarán. En general, el Tribunal trabaja dentro del modelo clásico, e inclusive —como se verá— en una versión radical del mismo, versión que llamaré “perfeccionista”.

En la mayoría de los casos, el Tribunal no hace un ejercicio comprensivo para explicarse la reforma de 2007 como un sistema completo, sino que se limita a tocar base en ciertos lugares comunes, para luego interpretar y aplicar la porción de la reforma que estima es la que corresponde aplicar al caso concreto, casi como si se tratase de una regla aislada. Simplificando (aunque no demasiado), el método general que utiliza el Tribunal para resolver consiste, fundamentalmente, en determinar si la **regla relevante** aplica al **caso concreto**. No se pregunta cómo el caso debe ser acomodado dentro del nuevo modelo de comunicación política; ni concibe al nuevo texto constitucional como un sistema más o menos completo, con una lógica que atraviesa las distintas reglas que le componen. Más bien, se enfoca en una u otra de las reglas específicas que componen al nuevo modelo. En otras palabras: el TEPJF, por la forma en que resuelve los asuntos que se le presentan, actúa más como un Tribunal de legalidad que como uno constitucional.

la construcción de los argumentos con base en los cuales se resuelven los casos. Esto es: lo amplio de las sentencias le da margen al juzgador para incluir extensos pasajes que corresponden más a retórica que a razones, pues la mayoría de ellos no cumplen una función operativa en la argumentación. En consecuencia, por ejemplo, es relativamente fácil encontrar citas que den la impresión de que estamos ante el modelo democrático y no el clásico (cuando, en el fondo, es al revés). Es precisamente en la existencia de estos pasajes —algunos de los cuales sí son operativos y no mera retórica— que finco mucha de mi esperanza de que la aplicación de la reforma electoral pueda mejorarse en el futuro, orientándose más hacia el modelo democrático que al clásico. Sin embargo, después de revisarlos con detalle, estoy convencido que las más de las veces no cumplen la función de sostener las conclusiones a las que arriba el Tribunal. Por último, aunque la litis se debe ceñir a los argumentos planteados por las partes dada la amplitud de interpretaciones que pueden darse en estos casos y la posibilidad de suplir la queja, no hay que tomarse con demasiado rigor la idea de que el Tribunal está constreñido a resolver exclusivamente lo propuesto por las partes.

Las reglas son utilizadas en forma binaria: o son aplicables al caso o no lo son.³⁰ Dependiendo de la respuesta, determina si el mensaje que le ocupa se encuentra **protegido**, **desprotegido** o, más frecuentemente, **prohibido** por la Constitución. Así, el trabajo del Tribunal las más de las veces se reduce a un ejercicio de **clasificación** de los mensajes, ocupado de determinar si se está ante una categoría de expresión protegida o una prohibida.³¹ En términos operativos, el Tribunal se plantea la reforma como un conjunto de **límites a la libertad de expresión**, los cuales entiende y aplica como reglas que establecen excepciones a una presunción general de libertad de expresión. Esta forma de proceder hace que las exposiciones que explicitan la interpretación de la reforma y de la libertad de expresión por lo general sean fragmentarias. Es por ello que es preciso destilar el modelo conceptual que se refleja en la labor del Tribunal.

Este apartado se estructura utilizando una de las recurrentes clasificaciones de la regulación de la expresión: aquella que atiende a las categorías del discurso. (Kelven 1988; Shiffrin y Choper 2001). Usaré dos categorías amplias —de acuerdo con el **contenido** de la expresión y con el **vehículo** de la expresión—, en el en-

³⁰ Tal vez sea importante aclarar aquí en qué se distingue una regla de un principio o un derecho subjetivo. Las normas en general se entienden como proposiciones que enlazan un supuesto con una consecuencia. Esto es, si se actualiza la conducta descrita en el supuesto, se imputa (se debe llevar a cabo) la consecuencia. En las reglas, el supuesto y la consecuencia son relativamente cerrados: describen conductas determinadas. En los principios, en cambio, tanto los supuestos como las consecuencias son abiertas: no se trata de conductas determinadas, sino de criterios orientadores. Los derechos difícilmente se pueden describir como reglas, más bien, habría que entenderlos como un agregado complejo de normas que requieren de un modelo doctrinal —supuestos, normas, principios, funciones, elementos— para interpretarse conjuntamente. Los tribunales de legalidad por lo común se limitan a verificar si una regla fue o no aplicada adecuadamente. El uso de principios y la construcción de derechos subjetivos (fundamentales) suelen encontrarse con más frecuencia en las decisiones de los tribunales de constitucionalidad, sobre todo al resolver “casos difíciles”.

³¹ Por las reglas que aplica el Tribunal, es poco frecuente que el caso se resuelva mediante la clasificación de un mensaje como perteneciente a una categoría de expresión desprotegida. Como se empieza a vislumbrar y se abordará en las conclusiones, la aplicación del modelo clásico a la reforma implica una variación de dicho modelo: ya no estamos ante dos posibles categorías de discurso, sino que tres: el protegido, el desprotegido y el **prohibido**. Dada la incapacidad del modelo clásico de entender la regulación de la libertad de expresión más que como límites externos a la misma, su uso para interpretar una reforma que contiene prohibiciones expresas (a usar tiempo aire no oficial para propaganda política, por ejemplo) termina por generar esos tres tipos de discursos.

tendido de que estamos hablando en ambos casos del discurso político y, en principio, que el foro específico mediante el cual se transmite la propaganda es el radio y la televisión.³²

LA REGULACIÓN DE LA EXPRESIÓN POR SU CONTENIDO

Uno de los primeros casos relevantes posterior a la reforma de 2007 (y su concreción legislativa en 2008) fue el caso SUP-RAP-122/2008 (en adelante, caso presidente legítimo). Aquí, el TEPJF debía resolver si el uso del membrete “presidente legítimo de México” por parte de Andrés Manuel López Obrador constituía un mensaje denigrante para la institución presidencial. El Tribunal sostuvo que:

en los autos no está acreditada la infracción a la prohibición de denigrar a las instituciones... porque el empleo del membrete... no constituye un hecho que denigre a la institución presidencial y **que afecte la imagen** de ésta, como condiciones imprescindibles para tener por actualizada la falta en cuestión **en términos del artículo 6 Constitucional**, pues dicha frase, en sí misma o directamente, **no contiene alguna expresión injuriosas** (sic) **o denostativa**, e implícita o indirectamente tampoco puede configurar, con objetividad, la idea de que dicho mensaje es ofensivo para la institución presidencial, dada la pluralidad de significados que puede tener. (SUP-RAP-122/2008, 101)³³

De la cita se puede apreciar que para el TEPJF lo relevante era determinar si el mensaje era censurable **en términos del artículo 6 constitucional**. El lector recordará, primero, que la prohibición a los partidos de denigrar a las instituciones es una regla que forma parte del nuevo modelo de comunicación política y que se consagró en el artículo 41 constitucional. Segundo, que el artículo 6 no

³² Como se verá en el desarrollo de este apartado, el TEPJF rápidamente abandonó la consideración de que la regulación se construye a un foro específico (radio y televisión) y a un tipo de mensaje (la propaganda propiamente dicha). El TEPJF amplía el concepto de “propaganda” de forma que incluye prácticamente cualquier expresión que versa sobre elecciones o política. Cfr. SUP-RAP-288/2009.

³³ Énfasis añadido.

establece prohibiciones, sino determina que las expresiones que afecten la moral, el orden público o los derechos de terceros no gozan de protección constitucional y en consecuencia son regulables pero **no necesariamente prohibidos**. Teniendo esto en mente, resulta curioso que para determinar si la prohibición del artículo 41 aplica a la expresión presidente legítimo, el Tribunal primero determinó si el mensaje afectaba alguno de los valores o derechos contenidos en el artículo 6. Esto es, la regla que prohíbe los mensajes denigrantes (contenida en el artículo 41) es entendida por el TEPJF como una manifestación específica de la regla general que tutela valores y derechos ajenos a la expresión desprotegiendo ciertos tipos de expresiones. Para el Tribunal, lo que la prohibición de denigrar a las instituciones protege, en el caso concreto, es la **buena reputación** de la institución presidencial.

Fijando así la litis, el Tribunal se preguntó entonces si la expresión presidente legítimo **injuria** a la institución presidencial. En este caso, respondió negativamente por considerar que I) no afectaba la imagen presidencial y II) no contenía una expresión injuriosa o denostativa. Hasta aquí, el TEPJF está considerando dos variables para determinar si una expresión es denigrante de las instituciones: su **efecto** y el **tipo de lenguaje** utilizado. En el desarrollo posterior de la interpretación del TEPJF se verá cómo el primer elemento, el efecto de la expresión, tiende a desaparecer, mientras que la resolución de los casos se centra más y más en el segundo elemento: el tipo de lenguaje utilizado.

Tenemos así que, de acuerdo con la interpretación del Tribunal en este caso, la prohibición de denigrar instituciones (y, podemos presumir, calumniar a las personas) es una **regla específica** cuyo propósito es proteger la **buena reputación** de las instituciones (y en su caso de las personas). El TEPJF señala explícitamente: "el límite genérico de la libertad de expresión de los institutos políticos, consistente en que no se afecten los derechos de terceros, se concretiza con la prohibición constitucional de que los partidos políticos empleen expresiones que denigren a las instituciones en su propaganda" (SUP-RAP-122/2008, 106).

Después, el TEPJF se pregunta si lo importante es proceder desde el punto de vista de quien emite el mensaje o desde el punto de vista de quien lo recibe:

Si se estudia la prohibición únicamente a partir del sujeto que realiza la acción, el análisis se limitaría a la acción de denigrar con independencia de que se consiga el efecto... Por otra parte podría atenderse al efecto que se causa en el derecho a la personalidad del sujeto pasivo, en su imagen u honra... (SUP-RAP-122/2008, 106-7).

Al respecto se responde: "... para la actualización de la infracción **es necesario examinar tanto la acción en sí como el resultado lesivo**" (SUP-RAP-122/2008, 107). En otras palabras: importa no sólo si la expresión puede ser catalogada como denigrante teniendo en mente a quién lo emite, sino también si efectivamente cumple la función de denigrar. Esta referencia al **efecto** del discurso le deja abierta la posibilidad de utilizar el modelo democrático. De acuerdo con éste, la pregunta a responder es: ¿tiene el mensaje un **efecto silenciador** sobre el interlocutor? Sin embargo, el Tribunal no llega hasta ahí. En cambio, sólo se pregunta si el mensaje, en sus efectos, denigra y no si silencia o desacredita.

El TEPJF cierra la puerta al modelo democrático y consolida el modelo clásico en un caso subsecuente, en el que el ejercicio de clasificación que lleva a cabo el TEPJF se torna más rígido. En el caso SUP-RAP-81/2009 (en adelante, caso sopa de letras), el Tribunal debía determinar si un desplegado del PAN —consistente en una "sopa de letras" que incluía palabras como "narco", "corrupción", "impunidad", "censura" y "transa" para describir al PRI— debía prohibirse por denigrante. En esta ocasión, el Tribunal sostuvo que:

[...] constitucional y legalmente se estableció la **prohibición absoluta** de que en la propaganda política o electoral, en forma directa o indirecta, así sea en la modalidad de opinión o información, se empleen **expresiones que denigren** a las instituciones y a los propios partidos o que calumnien a las personas, lo cual se traduce en una falta administrativa de rango constitucional y refuerzo legal que **no**

admite excepciones y enfatiza limitaciones a la libertad de expresión y manifestación de ideas y de imprenta aplicable a la propaganda política y electoral.

La prohibición constitucional, en este caso, deviene absoluta: si se cataloga a la expresión como denigrante, no es rescatable con independencia de su efecto; queda condenada al universo de lo proscrito. Aquí, el TEPJF está atendiendo, en un patrón típico del modelo clásico, al juego clasificatorio: hay que responder a qué categoría de discurso corresponde la expresión. Hecha la clasificación, el caso queda resuelto. Lo que importa aquí es el **tipo** de discurso y no su **efecto**. Pero el Tribunal va incluso más allá: tampoco es relevante ya la intención del interlocutor que emite la expresión:

[...] en el precepto constitucional en estudio [artículo 41] no se distinguió la posibilidad de que las frases denigrantes se emplearan con motivo de una opinión, postura, información o cualquier otra modalidad de expresión, de tal manera que prohibió todo contenido denigrante en la propaganda o que calumnie a las personas, sin hacer distinción alguna (SUP-RAP-81/2009, 79).

Con ello queda claro que la clasificación de la expresión es independiente del efecto que produce o de la intención de quién la emitió. La expresión es abstraída y catalogada, adquiriendo en el proceso una esencia “denigrante”, imposible ya de matizar. Por si esto fuera poco, el Tribunal da un giro aún más radical:

El constituyente consideró justificada esta prohibición, **por diversas causas** jurídicas y exigencias político-electorales previas entre las cuales destaca el hecho de que [...] los partidos políticos son entidades de interés público, cuya finalidad es la de promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público [...]

Lo anterior permite concluir que, **para el constituyente, la propaganda política y electoral de los partidos políticos, debe ser ple-**

namente coherente con las finalidades constitucionales de los partidos políticos y con los principios democráticos.

Con base en este presupuesto, es dable exigirles a los partidos que al difundir propaganda actúen de forma *adecuada*, respetando la integridad de los candidatos, su reputación y vida privada, así como los **derechos de imagen** de los demás institutos políticos y coaliciones, que también son valores sustanciales de un sistema democrático, y que están plasmados, además, en el artículo 6 constitucional.

En otras palabras, el constituyente prohibió que en la difusión de propaganda política y electoral, se denigre a otros partidos políticos, coaliciones o candidatos o se calumnie a personas, pues este tipo de prácticas **no son idóneas** para lograr sus fines. (SUP-RAP-81/2009, 79-80)³⁴

En este pasaje se puede ver cómo el TEPJF se radicaliza y asume a cada paso una actitud más perfeccionista (propia del modelo clásico tal y como fue interpretado por los dogmáticos constitucionales de mediados del siglo pasado —como Ignacio Burgoa—). Ésta lo lleva a **exigirle** a los partidos un estándar muy alto de conducta: no sólo es exigible que no infrinjan una prohibición, sino que “es dable” esperar que se comporten “de forma adecuada”, “idónea” para actualizar sus “finalidades constitucionales”.

Los partidos quedan así reducidos a concesionarios políticos de la Constitución, debiendo cumplir con los estándares “adecuados” o “idóneos” para satisfacer los fines que la misma les impone. Estamos ante el modelo clásico en su variante perfeccionista: los fines de los partidos son aquellos que les asigna la norma fundamental y su conducta debe encaminarse a ellos.

Unas líneas después, el TEPJF se cura en salud, nos dice que su interpretación “no significa una censura generalizada” pues “en materia electoral debe privilegiarse el derecho a la libertad de expresión” (SUP-RAP-81/2009, 81). La aclaración parece más bien retórica y poco creíble, dado que es difícilmente compatible con la interpretación que le precede, pero se torna abiertamente risible cuando, unas líneas más abajo, sostiene que el “propósito del

³⁴ Énfasis añadido.

constituyente consistió en limitar la denigración y calumnia (...) en la propaganda (...) al considerar que este medio debe reservarse para ejercer una política de **auténtico debate ideal** de opiniones" (SUP-RAP-81/2009, 83). En unos cuantos párrafos el estándar que el Tribunal le exige a los partidos pasa de ser "adecuado" a "idóneo" y de éste a "ideal".

La conclusión es lapidaria, confirmando que se construye a partir del modelo clásico, con todo y la concepción de que existen valores externos a la expresión que por su importancia la derrotan y limitan:

En suma, la limitación genérica de la libertad de expresión establecida por el artículo 6 Constitucional, cuando afecta los derechos de un tercero, se especifica tratándose de propaganda electoral al proteger particularmente los derechos de la personalidad y el derecho a la imagen o el honor de las instituciones y de las personas. [...] El énfasis consiste en **prohibir de forma absoluta** que, de manera directa o indirecta, así sea en la modalidad de opinión o información se empleen expresiones que denigren... (SUP-RAP-81/2009, 86-7)

El resultado final es aún más restrictivo si recordamos que la clasificación del mensaje como denigrante atiende a su "significado autónomo", con independencia de la intención del emisor y su efecto en el receptor o en el auditorio (lo que implicaría ya asumir el modelo democrático) (SUP-RAP-81/2009, 87).

El perfeccionismo latente en la interpretación de Burgoa del modelo clásico se hace plenamente presente en el caso SUP-RAP-288/2009 (en adelante, caso familia Calderón). El presidente Calderón y su hermana, la ex senadora y funcionaria del PAN en el estado de Michoacán, Luisa Calderón, habían sido acusados públicamente —en una conferencia de prensa, para ser precisos— por una funcionaria local del PRD —Fabiola Alanís— de hacer uso político de la Procuraduría Federal.³⁵ Al TEPJF se le solicitaba determinar

³⁵ Las acusaciones se emitieron a la postre del tristemente célebre *michoacanazo*: días antes de la jornada electoral, la Procuraduría Federal arraigó a decenas de funcionarios locales, incluido el procurador de justicia del estado y varios presidentes municipales, miembros del PRD y les imputó vínculos con la delincuencia organizada sin presentar pruebas que sustentaran la imputación y sin presentar cargos formales por la comisión de algún delito.

si la denuncia pública constituía calumnia o denigración. Para resolver el caso, el Tribunal enmarcó la cuestión de la siguiente forma:

en el citado artículo 41 de la Constitución **no se advierte la posibilidad de que sean permitidas las frases denigrantes manifestadas con motivo de una opinión, información o cualquier otra modalidad de expresión**, de tal manera que la prohibición abarca todo el contenido que sea denigrante para los partidos políticos, las instituciones o que calumnie a las personas, **incluidas las expresiones hechas en el contexto del debate entre los partidos políticos**.

Lo anterior permite concluir que, para el constituyente, la propaganda política y electoral de los partidos políticos debe ser **plenamente coherente** con las finalidades constitucionales de los partidos políticos y con los principios democráticos.

Con base en este presupuesto, es dable exigirle a los partidos políticos que al difundir propaganda actúen respetando la integridad de los candidatos y de cualquier persona, así como los derechos de imagen de los demás institutos políticos y coaliciones, que también son valores sustanciales de un sistema democrático, previstos en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (SUP-RAP-288/2009).

Nos encontramos en el extremo. Una vez que un mensaje es clasificado como denigrante la presunción queda invertida: se requeriría una permisión expresa establecida a nivel Constitucional para condonarla (“en el citado artículo 41 no se advierte la posibilidad...”). No importa que se trate de una opinión o de una afirmación de hecho, que se trate de propaganda política **propriadamente** o bien sólo de expresiones políticas realizadas por actores políticos en una conferencia de prensa. No importa, por supuesto, si el **efecto** de la expresión es efectivamente calumniar o no. Lo único que importa es que la expresión —abstraída de su contexto— es clasificada dentro de una categoría prohibida del discurso.

La pregunta que inmediatamente surge es cómo determinar qué constituye una expresión denigrante o calumniosa. La respuesta, expuesta con toda claridad en un caso posterior, es preocupan-

te: el uso de ciertas palabras basta y sobra para dicha clasificación. En efecto, en el caso SUP-RAP-30/2010 (en adelante, caso Jalapa), el TEPJF considera que, por ejemplo, el uso de las palabras “mentiroso”, “mañas” y “corrupto” en una entrevista de radio es suficiente para considerarlo denigrante:

...**mentiroso** [...] es aquel que tiene la costumbre de mentir.

...**mañas**, se define a aquél que tiene disposición para hacer las cosas o una cosa determinada con facilidad.

...**corrupto**, es aquél que se deja o ha dejado sobornar, pervertir o viciar.

Como se advierte, tales palabras *por sí solas* se encuentran dirigidas a denostar, pues con ellas se pretende evidenciar que un funcionario de elección popular de un partido político, así como el instituto político en el cual milita, se distingue por mentir, conducirse con mañas y se deja sobornar, entre otras cosas (SUP-RAP-30/2010).³⁶

El resultado es sumamente restrictivo: el “debate entre los partidos políticos” —esa deliberación que más debiera ser “robusta, desinhibida y abierta”— se ve ahora ceñido por la prohibición de “denigrar”, sea vía propaganda, opinión, comentario, información o cualquier otra expresión. El estándar exigido a los partidos de ser “plenamente coherentes” con los fines que le imputa la Constitución se reafirma como un constreñimiento extremo del debate político. El intercambio de ideas se empobrece, pero ¿para qué? Para salvaguardar la honra de los actores políticos.

En efecto quizá lo más preocupante de la argumentación del Tribunal es que el endurecimiento y desbordamiento de la prohibición se justifica por virtud de “los derechos de imagen” de los partidos políticos, considerados ahora un “valor sustancial de un sistema democrático”. Esto es grave por dos razones: primero, porque interpreta los límites a la libertad de expresión como protegiendo la reputación de la clase política (un valor externo a la deliberación colectiva); y segundo, porque no protege la pluralidad, la inclusión o la equidad en el debate. Los valores protegidos no sólo son aje-

³⁶ Cursivas del autor.

nos a la deliberación colectiva, sino que los valores vinculados a ésta ni siquiera aparecen.

Esto nos indica un problema más profundo aún: en el entender del TEPJF los intereses protegidos por el nuevo modelo de comunicación política son los intereses de los partidos, no los de la ciudadanía. Ésta ve empobrecido el debate político al que asiste y que se ubica en el corazón de la deliberación colectiva. Dicho empobrecimiento —nos dice el TEPJF— se justifica por virtud del interés de los políticos en su imagen. En la doctrina de la libertad de expresión que nos ofrece el Tribunal, la imagen del político resulta un valor preponderante, ubicado por encima del derecho a la información del auditorio. Éste debe solemne y respetuosamente escuchar el canto de loas en el escenario. Lo demás es silencio.

La regulación de la expresión en el ámbito político culmina con una inversión total de lo que se esperaría que el régimen constitucional le exigiera a los políticos que se aventuran en el mundo electoral. El caso paradigmático *New York Times Co. v. Sullivan* —aquel que acuñó la frase que insiste en que el propósito central de la tutela de la libertad de expresión es que el debate público sea desinhibido, robusto y abierto— asumió que quien iniciaba una carrera política o una función pública debía de ser mucho más tolerante que el común frente a las críticas e, inclusive, frente a la imputación de actos falsos. Pues bien, al respecto, el TEPJF sostiene que las limitaciones a la expresión de los políticos —debemos incluir aquí tanto las prohibiciones de utilizar ciertos medios para expresarse como las restricciones a emplear ciertos contenidos en las expresiones— se establecen “en razón de que el ciudadano que aspira a obtener un cargo de elección popular se sujeta voluntariamente a las obligaciones que la propia Constitución establece en relación con la materia político electoral” (SUP-RAP-22/2010, 105). En vez de que la decisión de participar activamente en la contienda electoral implique la obligación de tolerar un escrutinio y crítica mayores que el resto de la ciudadanía, en el entender del Tribunal dicha decisión implica la obligación de **no criticar utilizando ciertas palabras** a los rivales políticos (y, por supuesto, no usar los medios electrónicos fuera de los tiempos otorgados por el IFE).

Nuevamente, quienes no aparecen en la ecuación son los ciudadanos que conforman el auditorio. Inclusive si aceptara que la crítica es una carga que deben soportar los políticos, el Tribunal no toma en cuenta cómo la restricción de las expresiones afecta a los ciudadanos al ver el debate público empobrecido, acotado, domesticado.

Este resultado sólo puede entenderse si se toma como valor central del nuevo modelo de comunicación política a la honra y reputación de los políticos. Sin embargo, la reforma de 2007 en ningún momento refirió a semejantes valores, de hecho, ya existían en el texto constitucional. Lo que sucedió es que la reforma ha sido interpretada para acomodar el texto constitucional previo y no, como habría de esperarse, a la inversa: que la interpretación constitucional se acoplara a la más reciente decisión del constituyente permanente en materia de libertad de expresión. Esto sucede porque el TEPJF ha tomado un detalle marginal (y, en retrospectiva, desafortunado) del nuevo modelo —a saber, la prohibición de denigrar y calumniar— y lo ha convertido en el pivote de la reforma, derrotando su sentido original.

En todo caso, lo que encontramos es que la versión radical de la prohibición absoluta se consolida en fallos más recientes del tepjf, precisando que aplica cuando en “la propaganda política o electoral, en forma directa o indirecta, **así sea en modalidad de opinión o información**, se empleen expresiones que denigren... o que calumnien...” y “no admite excepciones y **enfatisa limitaciones** a la libertad de expresión y manifestación de las ideas...” (SUP-RAP-30/2010, 56). También se confirma el ímpetu perfeccionista que el Tribunal le imputa al constituyente: para éste, “la propaganda política y electoral de los partidos políticos debe ser plenamente coherente con [sus] finalidades constitucionales y con los principios democráticos.” (SUP-RAP-30/2010, 58). Más adelante abunda: “...el constituyente permanente prohibió que en la difusión de propaganda política y electoral, se denigre a otros partidos políticos, coaliciones o candidatos o se calumnie a las personas, **pues ese tipo de prácticas no son idóneas para lograr sus fines**”

(SUP-RAP-30/2010, 59). Profundizando aún más en el perfeccionismo, sostiene que la denigración y la calumnia son un lenguaje “innecesario o desproporcionado, en relación con los derechos a la imagen de los partidos y coaliciones y a la vida privada de los candidatos y en general de las personas” (SUP-RAP-30/2010, 60). Esto es, el parámetro para permitir el mensaje es ahora la necesidad de usar el mensaje, siempre que no afecte en forma desproporcionada la imagen y privacidad de la clase política.³⁷

A estas alturas el modelo clásico ha sido abrumado por el perfeccionismo que en la doctrina de mediados del siglo pasado era sólo latente. El perfeccionismo pasa de ser una añadidura incómoda a un modelo fundamentalmente liberal, y de esto a ser el vértice en torno al cual se acomoda el modelo doctrinal clásico. El ímpetu liberal, tan importante en las versiones doctrinales del modelo clásico, ha quedado reducido hasta ser casi una “peculiaridad”:

[...] la intención inequívoca del legislativo de sancionar en forma absoluta este tipo de conductas [expresiones denigrantes], **con la peculiaridad de que, en aras de fomentar la libertad de expresión**, legalmente determinó **que sólo a petición de parte afectada se podría iniciar un procedimiento** administrativo sancionador, con lo cual dejó en libertad de los titulares la amplitud de la tolerancia a su vida privada y a su imagen.

Un hecho ilustrativo de lo mucho que el TEPJF se ha alejado del nuevo modelo de comunicación política que se desprende del texto constitucional, es el hecho de que respalde su interpretación sobre la preeminencia de la honra y la reputación por sobre la libertad de expresión, afirmando que “[i]ncluso antes de las reformas esta Sala Superior venía sosteniendo un criterio similar al interpretar el artículo 6 constitucional en relación con las disposiciones del código federal de instituciones y procedimientos electorales” (SUP-RAP-30/2010, 61). Él mismo lo admite: la reforma es **irrelevante** para su interpretación. Su forma de entender la libertad de expresión en la comunicación política predata a la reforma

³⁷ Énfasis añadido.

de 2007. La reforma constitucional se acopla a la interpretación del Tribunal, no al revés (no como lo hubiera asumido cualquiera que considerare al constituyente permanente como una autoridad superior al Tribunal).

REGULACIÓN DE LA EXPRESIÓN POR SU VEHÍCULO

Cuando se analizan los casos en los que la protección o prohibición constitucional de las expresiones deja de determinarse por virtud de su contenido (denigración/calumnia) y pasa a determinarse por el vehículo (entendido como la intersección de otras variables, como el medio en el que se transmite —radio y televisión— y el tipo de mensaje del que se trata —sea propaganda electoral o algún tipo distinto de mensaje, como el reportaje, la opinión, etcétera—), encontramos que el TEPJF replica su forma de proceder: su labor consiste fundamentalmente en un ejercicio de clasificación del mensaje entre dos alternativas: expresión protegida bajo libertad de expresión y expresión prohibida por disposición expresa de una regla (constitucional o legal).

En este rubro podemos ubicar el caso SUP-RAP-24/2009 (en adelante, caso Sodi). En esta ocasión, el TEPJF debía decidir si una entrevista entre un candidato a jefe delegacional y un reportero de la empresa Televisa realizada en un estadio de fútbol (bastante unidireccional, por cierto, el reportero no hizo más que una breve intervención introductoria y un agradecimiento al final), que se transmitió en televisión durante un partido con alta audiencia y que había sido previamente acordada y anunciada por el candidato como acto de campaña, constituía una adquisición directa de tiempo aire en televisión para el candidato, fuera de los tiempos asignados por el IFE. En este caso, el IFE acota su trabajo a determinar 1) si el acuerdo previo entre el candidato y los reporteros constituyó “contrato” o “adquisición” de tiempo aire en televisión y 2) si el mensaje emitido por el candidato en ese espacio constituía propaganda política o no.³⁸ El TEPJF, por su parte, recurrió al esquema

³⁸ El caso se decidió en forma curiosa: el mensaje fue calificado como propaganda, pero la entrevista fue tenida por reportaje y no por adquisición de tiempo en radio y televisión. Así, el mensaje no ameritó sanción.

en el que debe resolver la tensión entre la libertad de expresión y un límite externo a la misma, explícitamente impuesto por el constituyente o el legislador:

Para determinar si el ejercicio de dichas prerrogativas respeta los límites constitucionales y legales en materia electoral, y no trastoca el disfrute de cierto derecho que corresponde a otro sujeto o sujetos [...], es necesario efectuar una ponderación de los bienes y valores democráticos que *en cada caso concreto* están en juego y atender a sus *propiedades relevantes*. De esta forma es indudable que pueden coexistir y manifestarse plena y simultáneamente todos los derechos involucrados mediante interpretaciones extensivas que permitan su manifestación con toda la fuerza expansiva que corresponde a los derechos humanos (SUP-RAP-234/2009, 31).

Estamos ante al casuismo estéril característico del modelo clásico, según nos advertía Fiss: dos valores en contraste deben ser ponderados, pero no existe un marco teórico que permita resolver la ponderación bajo parámetro común a ambos. Simplemente se debe preferir, en cada caso, uno u otro. Lo más curioso es que, reconociendo la tensión entre distintos bienes y valores y optando por una casuística sin marco teórico compartido entre ambos, el TEPJF afirma, sin explicar cómo, que a pesar de esta tensión es posible que ambos derechos o valores se interpreten expansivamente y se manifiesten **plenamente**. Nuevamente, parece que nos encontramos ante una afirmación retórica sin capacidad operativa en la argumentación, pues habiendo tensión entre ambos derechos, no es posible que los dos se manifiesten **plenamente** a la vez: uno u otro habrá de ceder al menos parcialmente la plenitud de su manifestación.

Pero aquí también la retórica de la ponderación termina importando poco en la resolución: lo que determina la resolución del TEPJF es la pregunta sobre si los hechos actualizan el supuesto normativo de una regla y, en consecuencia, si se aplica o no la consecuencia normativa de alguna regla específica que limite las entrevistas. Esto es, el TEPJF busca un límite concreto a la libertad

de expresión para determinar si la entrevista está amparada en la libertad de expresión o prohibida por uno de sus límites claramente previstos.

[...] no existen disposiciones legales que, con carácter imperativo, regulen los términos y condiciones a que deben sujetarse las entrevistas y, mucho menos, un tipo administrativo sancionador (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, stricta et scripta*) que sancione ciertas prácticas que ocurren en el ejercicio periodístico... (SUP-RAP-234/2009, 32)

No hay, a fin de cuentas, ponderación entre valores, sino una aplicación binaria de una regla. Pero además, el criterio utilizado para aplicar la regla es el más estrictamente legalista, propio del derecho penal: no hay crimen ni pena sin regla previa y estricta que la establezca por escrito. Esto es, lo que importa no es la función o efecto del mensaje, sino su adecuación a una hipótesis normativa. Estamos, nuevamente, ante un tribunal de estricta legalidad, no ante un juzgador constitucional.

La labor del TEPJF consiste en clasificar un mensaje a fin de determinar si la regla que restringe la expresión aplica o no. Este criterio aparece una vez más en el caso SUP-RAP-280/2009 (en adelante, caso Ana Guevara) en el que se pedía sancionar a Ana Guevara, por un reportaje que apareció en ESPN, canal de televisión restringida y dedicado a los deportes. Más que enfocarse en los triunfos atléticos de Guevara, el reportaje se centraba en exponer su incursión en la política y su candidatura para jefa de la delegación Miguel Hidalgo del Distrito Federal por parte del PRD, pero justificando su interés en el caso por el carácter de deportista de talla internacional de la ahora candidata. El TEPJF expuso con mucha claridad cuál era el trabajo que le correspondía realizar:

...la cuestión a dilucidar en el presente medio de impugnación consiste en lo siguiente:

a) Establecer si el contenido de la transmisión televisiva constituye propaganda electoral;

- b) De ser así, determinar si se trata de propaganda lícita, o bien, de propaganda prohibida, en términos de los artículos 41, base III, Apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 49, párrafo tercero, primera parte, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y, en consecuencia,
- c) Determinar si se actualiza la comisión de una infracción en materia electoral federal y la responsabilidad de los sujetos denunciados. (SUP-RAP-280/2009, 52)

Aquí se aprecia cómo entiende el Tribunal su labor: lo determinante es la clasificación del mensaje —“si el contenido de la transmisión televisiva constituye propaganda electoral” y de ser así “si se trata de propaganda lícita, o bien, de propaganda prohibida”— a fin de saber si la conducta satisface el supuesto de la sanción.

Más adelante, el TEPJF nuevamente anuncia cómo debe de hacerse la clasificación, apuntando a la ponderación entre “bienes y valores democráticos”:

Para determinar si el ejercicio de dichas prerrogativas respeta los límites constitucionales o legales en materia electoral [...] es necesario efectuar una ponderación de los bienes y valores democráticos que en cada caso concreto están en juego y atender a sus propiedades relevantes. De esta forma, es indudable que pueden coexistir y manifestarse plena y simultáneamente todos los derechos involucrados... (SUP-RAP-280/2009, 67)

Hasta aquí, parecería que el ejercicio de clasificación se realizará, dentro del modelo clásico, como una confrontación entre la libertad de expresión, por un lado, y otro valor constitucional (equidad) **distinto y ajeno** a la primera cuya protección justifica limitarla. Esto es, el Tribunal apunta hacia el modelo clásico concretizado mediante una ponderación. Sin embargo, conforme despliega su argumentación, nuevamente vemos que el Tribunal no realiza ponderación alguna entre valores o derechos a la luz del caso concreto, sino que simplemente revierte, de nuevo, a la búsqueda de una regla aplicable al caso:

[...] no existen disposiciones legales que, con carácter imperativo, regulen los términos y condiciones a que deben sujetarse las entrevistas o reportajes y, mucho menos, un tipo administrativo sancionador (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, stricta et scripta*) que sancione ciertas prácticas que ocurren en el ejercicio periodístico, salvo que se trate de situaciones de simulación que impliquen un fraude a la Constitución y la ley. (SUP-RAP-280/2009, 67)

El TEPJF, siguiendo el modelo clásico, hace el ejercicio de identificar un límite a la libertad de expresión; anuncia que resolverá, entonces, mediante la ponderación de valores constitucionales, pero termina por hacerlo por un método más afín a cuestiones de legalidad que de constitucionalidad: la identificación de una regla y la determinación de su aplicabilidad.

El caso Ana Guevara ofrece un ejemplo más que vale la pena rescatar para caracterizar el apartado teórico empleado por el Tribunal:

[...] el ejercicio responsable de las libertades fundamentales de expresión, información y prensa escrita, durante el desarrollo de los procesos comiciales [...] no tan sólo implica respetar los límites que la propia Constitución Federal les establece en los artículos 6 y 7, sino además, conlleva a evitar que a través del uso y disfrute, se colisionen otros valores contenidos en el propio Pacto Federal, como la equidad en el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación... (SUP-RAP-280/2009, 69)

La cita anterior es interesante porque, por una parte, ilustra que el TEPJF vislumbra la problemática que el nuevo modelo de comunicación política pretende atender y evitar: contiendas electorales inequitativas. En este sentido, es un paso hacia lo que he señalado como la perspectiva adecuada de entender la reforma constitucional de 2007 de forma que haga sentido en su conjunto. Sin embargo, una lectura cuidadosa refleja dos características que se insertan aún dentro del modelo clásico. Primero, que la equidad es un valor distinto y externo a la libre expresión (que le limita en

ciertos casos). Segundo, y más revelador, que la equidad es un valor que tutela los intereses de los contendientes electorales —los partidos políticos— no los intereses del auditorio. Esto es, implícito en el razonamiento del Tribunal encontramos nuevamente que lo que a su entender se tutela a través de este valor es el interés de los *contendientes* en participar en la contienda equitativamente, más que el interés del *auditorio* de tener acceso a un debate plural y con equidad que alimente y enriquezca una deliberación colectiva que permitirá a la ciudadanía participar en la forma de autogobierno llamada democracia.

Este elemento es de suma importancia. Uno podría decir, con razón, que el constituyente permanente —conformado por miembros de partidos políticos— buscaba, al reformar la Constitución en 2007, proteger a sus miembros para que pudiesen competir sin poner en riesgo el entramado institucional del país. Eso puede ser cierto **de hecho**, pero como intérprete constitucional el TEPJF debe considerar el nuevo modelo de comunicación política dentro de un sistema constitucional que contempla a los partidos como **vehículos** del autogobierno colectivo **de la ciudadanía**, no como beneficiarios últimos del sistema político. Al hacer invisible al auditorio, el Tribunal está dejando fuera de su marco teórico a quien debería de ser el protagonista no sólo del régimen constitucional de libertad de expresión, sino de todo el sistema político y electoral consagrado en la Constitución: el ciudadano que escucha el debate participa en la deliberación y toma la decisión final a través de su voto.

LO QUE QUEDA DEL MODELO DEMOCRÁTICO

El panorama, en general, es desolador. El nuevo modelo de comunicación política, tal y como ha sido interpretado y aplicado por el TEPJF, encuentra en su centro a la honra y la reputación de los políticos y su aplicación se hace, consistentemente, mediante la utilización aislada de sus reglas. La ciudadanía, auditorio del debate político, se desvanece en el trasfondo.

El análisis hasta aquí presentado no significa que el modelo democrático no esté presente en lo absoluto en las resoluciones del

TEPJF. Está presente, pero es rara la ocasión en la que este modelo doctrinal cumple alguna función sustantiva en los fallos. Por lo general, se limita a formar parte de la retórica que acompaña a los argumentos, estos últimos contruidos sobre la base del modelo clásico, ya sea en su versión original o, conforme pasa el tiempo, en la versión perfeccionista.

Existen algunos pasajes en los fallos analizados para este trabajo en los que el modelo democrático parece ser, efectivamente, el que da forma a la interpretación del TEPJF. Estos pasajes, si bien escasos y marginales comparados con los que corresponden al modelo clásico (en cualquiera de sus versiones), pueden servir de base para construir una interpretación alterna del nuevo modelo de comunicación política.

Como ejemplo tenemos el caso SUP-RAP-175/2009 (en adelante, caso Picasso Barroel), en el que un candidato a diputado federal por el PRD acusado por un periódico local de haber falsificado su grado de médico, exige su derecho de réplica y no queda satisfecho con la forma en que es presentada por el propio periódico. Aquí encontramos una interpretación del derecho de réplica afín al modelo democrático:³⁹

En el marco del derecho electoral, el derecho de réplica cobra especial importancia pues en aras de buscar el apoyo o el rechazo hacia determinado partido político, precandidato o candidato del electorado, eventualmente es difundida información inexacta o errónea respecto de los sujetos mencionados, con lo que **resulta necesario que dicha información sea rectificadada en aras de que los votantes cuenten con los mejores elementos para emitir el sufragio correspondiente** y que el principio de equidad en el derecho a ser votado no sea violado.

En esta materia, el derecho aludido cobra una dimensión particular pues el mismo se encuentra inserto dentro de un contexto democrático, el cual tiene como uno de sus objetivos el derecho del elec-

³⁹ Es importante aclarar que, inclusive en este caso, se presentan rasgos importantes del modelo clásico. Por ejemplo, la equidad es entendida como un valor distinto y externo a la libertad de expresión, como se verá a continuación.

torado a contar con información veraz en aras de que pueda emitir un sufragio razonado y apegado a la realidad.

Por otro lado, se hace notar la dimensión social del derecho de réplica, relativa a la recepción de nueva información que confronte con la difundida por los medios de comunicación, permitiendo el restablecimiento de la **veracidad** y equilibrio de la misma, lo cual es **indispensable para la adecuada formación de la opinión pública** y la existencia de una sociedad democrática. (SUP-RAP-175/2009, 32).

El TEPJF le atribuye al derecho de réplica una doble función. Por una parte, este derecho garantiza la equidad a favor del candidato (lo que acerca a este fallo al modelo clásico, en tanto interpreta a la equidad como externa a la libertad de expresión). Por otra, se trata de un derecho que le permite al electorado contar con información veraz o, al menos, equilibrada para que pueda “emitir un sufragio razonado”. Con ello, se considera que el derecho de réplica robustece el debate, asegura que una versión de los hechos no sea excluida y aporta así mayores y mejores elementos para la deliberación colectiva.⁴⁰ El público en general y el electorado ocupan un lugar central en la preocupación del TEPJF en este caso, lo que constituye un enorme avance si se contrasta con la práctica de hacer invisible al elector y al público en los demás fallos analizados.

Otra medida del nuevo modelo de comunicación política, derivada de la reforma constitucional, pero establecida en la legislación secundaria y que el TEPJF interpreta de conformidad con el modelo democrático, es el “silencio” previo a la fecha de los comicios:

⁴⁰ Una mirada desde el modelo clásico al derecho de réplica llevaría a sostener, por ejemplo, que éste se consagra para hacer efectivo o para tutelar el mismo derecho a la imagen de algún candidato. Más que el debate público, lo que interesaría sería la posibilidad de que las personas se defiendan de los ataques de otro. Esta visión sería aceptable, quizá, si el modelo de libertad de expresión que inspiró a la reforma constitucional, en general, y a la inclusión del derecho de réplica en particular no hubiera sido el democrático. No queda la menor duda: quizá los derechos puedan ser los mismos (libertad de expresión, derecho a la información, derecho de réplica) en ambos modelos, pero su interpretación e interrelación varían dependiendo del modelo doctrinal desde el que se les analice.

[...] el día de la jornada electoral y durante los tres días anteriores, no se permite la celebración ni la difusión de reuniones o actos públicos de campaña, de propaganda electoral o de proselitismo electoral.

[...] la previsión antes desarrollada, tiene sustento en los principios constitucionales de equidad y certeza, porque en la medida que dichos cánones se respeten, ello permitirá a los partidos políticos participar en igualdad de circunstancias, garantizando además que el electorado tenga la libertad de madurar y delibera (sic) el sentido de su voto, sin influencias de ninguna índole... (SUP-RAP-304/2009, 66).

Encontramos aquí el mismo patrón híbrido entre los dos modelos que veíamos en el derecho de réplica: la equidad juega un papel importante en la interpretación de esta medida, pero aún aparece como un valor **externo** a la libertad de expresión. Lo importante es que en este caso, como en el caso Picasso Borroel que se ocupó del derecho de réplica, encontramos que en el centro de la interpretación está la figura del elector, que ve su capacidad y espacio de deliberación tutelado por la ley y la autoridad.

El elector, el auditorio, como figura central en el modelo democrático aparece también al vincular el derecho a la libre expresión con su mancuerna, el derecho a la información:

...la libertad de expresión comprende en general tres libertades interrelacionadas: las **de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole**.

Estas tres libertades constituyen derechos subjetivos de los particulares frente al Estado, por tanto, en esa condición suponen que cualquier individuo puede, en relación con el Estado, buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio; y que ese individuo tiene frente a aquél el derecho a que no le impida buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio (SUP-RAP-295/2009, 92).

La vinculación entre el derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión no implica por sí sola al modelo demo-

crático, pero sí hace visible al auditorio, al receptor de la expresión, quien ejerce el derecho a la información cuando otro ejerce el derecho a la libre expresión. Esta relación, si bien no está articulada en términos del modelo democrático, es un espacio de gran importancia para comenzar a utilizar dicho modelo, pues visibiliza necesariamente al auditorio, protagonista de la libertad de expresión en dicho modelo.

¿CÓMO SE VERÍAN LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL BAJO EL MODELO DEMOCRÁTICO?

Tenemos ya una perspectiva clara sobre cuál es el modelo que subyace a la labor del Tribunal. Queda aún pendiente la pregunta sobre cómo se habrían podido resolver los casos que conoció si se hubiera utilizado al modelo democrático para interpretar a la reforma. Este trabajo no pretende enmendarle la plana al Tribunal en los casos que ha resuelto; sin embargo, creo que explorar —aunque sea hipotéticamente— las diferencias entre usar un modelo doctrinal u otro es relevante para hacer ver su importancia en la interpretación constitucional (en particular, de la reforma de 2007).

Tomaré tres casos como ejemplo, procurando ser breve:

(I) El caso sopa de letras. Aquí la pregunta relevante habría sido si la propaganda pretendía tener por efecto descalificar al interlocutor —el PRI en este caso— y, en su caso y dado el contexto, si tenía el **efecto** de: a) inhibirlo al grado de silenciarlo o b) descalificarlo al punto de hacer su expresión inaudible para el auditorio. La respuesta a la primera pregunta —si la intención de la propaganda era descalificar al PRI— ciertamente es afirmativa. Si partimos del hecho de que las críticas iban dirigidas al PRI en general y en sí mismo, no a sus políticas, programas o propuestas, podemos admitir que el objetivo del mensaje haya sido justamente descalificarlo.⁴¹ Pero al pasar a la segunda pregunta —si el **efecto** del mensaje ha-

⁴¹ Parto aquí de un supuesto seguramente controvertible: las críticas usualmente se dirigen al proceder, ideas, propuestas, argumentos, etcétera, de los interlocutores; las descalificaciones se dirigen al interlocutor mismo, reduciéndolo a la característica imputada y sin especificar qué ideas, acciones, propuestas o argumentos.

bría sido el silenciarle o desacreditarle— la respuesta difícilmente podría responderse afirmativamente. Aquí se vuelve de suma importancia tomar en consideración que las acusaciones contenidas en la propaganda examinada iban dirigidas al partido, no a algún candidato en particular. Esto es, al tratarse de una **institución** se vuelve más difícil aceptar que el **efecto silenciador** del discurso se pudiese actualizar.

Difícilmente el PRI, como partido político frente a una contienda electoral, habría sido inhibido hasta el silencio por las acusaciones del PAN. No es creíble que el instituto político se cohibiera ante acusaciones no específicas de su rival. La siguiente pregunta a responder es si el PRI podría haber sido desacreditado por la propaganda panista al grado que el electorado dejara de tomarlo como un interlocutor relevante. La respuesta, de nuevo, difícilmente puede responderse de forma afirmativa. No sólo porque, en los hechos, el PRI ha sido criticado duramente y acusado persistentemente por su desempeño como instituto político desde hace décadas por los más diversos actores —políticos, académicos, organizaciones no gubernamentales, etcétera— y ello no lo ha eliminado del debate político, sino porque la imputación se hacía desde la trinchera opuesta en una contienda electoral. No se trataba de un mensaje emitido por una autoridad o algún interlocutor que alguien pudiese tomar por objetivo o desinteresado. Las cosas se toman de quien vienen, y si de alguien habría que esperar acusaciones y críticas exageradas y no debidamente acreditadas sobre un partido político es de su rival en la contienda. Así, en el modelo democrático, el mensaje panista no habría sido calificado como prohibido.⁴²

(II) El caso familia Calderón. En éste, el resultado del análisis desde el modelo democrático habría sido muy distinto. Preguntándonos por la **intención** del mensaje, parecería que más que

⁴² El caso sopa de letras giraba en torno a dos cuestiones distintas: si se trataba de un mensaje denigrante y si se trataba de un acto anticipado de campaña. El análisis esbozado desde el modelo democrático en este apartado se ocupa sólo del segundo punto y nada dice sobre si el mensaje habría sido sancionado de todos modos por constituir un acto anticipado de campaña (para lo cual el uso del modelo democrático probablemente no habría significado una diferencia en el resultado).

descalificar o inhibir al presidente o a la senadora Calderón, las declaraciones de Fabiola Alanís pretendían **denunciar** lo que consideraba el uso político de la Procuraduría General de la República. Si consideramos que las detenciones que dieron lugar a las declaraciones de la funcionaria perredista se dieron poco antes de una elección, sin hacer una imputación de delito alguno, sino justificándolas como parte de una investigación y que involucraron a un grupo relevante de los funcionarios públicos estatales, creo que es razonable esperar una respuesta del tipo que se dio por parte de una funcionaria partidista en pleno proceso electoral.⁴³ Ahora bien, dejando de lado la **intención** de Fabiola Alanís, ¿qué hay del **efecto** de sus palabras? Resulta difícil de sostener que una declaración aislada, emitida por una funcionaria partidista local en una conferencia de prensa en pleno proceso electoral, pudiera tener el efecto de **inhibir** o **desacreditar** como interlocutores en el debate político a la cabeza del Poder Ejecutivo federal o bien a una ex senadora de la República. En consecuencia, desde la perspectiva de la deliberación colectiva que tutela la libertad de expresión en el modelo democrático, lo expresado por Fabiola Alanís no sería censurable ni el PRD censurado por las declaraciones de ella. Su denuncia habría sido considerada como una más de las expresiones enfáticamente críticas que alimentan una deliberación colectiva plural.

En este modelo, lo problemático habría sido, más bien, el proceder del propio Tribunal. El hecho de que el TEPJF haya sanciona-

⁴³ En lo personal, creo que si Fabiola Alanís no hubiese hecho las declaraciones que hizo, habrían habido buenas razones entre sus compañeros de partido para exigirle la renuncia a su cargo partidista. Sin necesidad de aludir al hecho de que, a más de un año, todos los detenidos en aquella ocasión han sido liberados por la justicia federal, resultaba evidente que las circunstancias de las detenciones levantaban, al menos, la sospecha de que la PGR estaba siendo utilizada con fines político-electorales: no se puede perder de vista que se llevaron a cabo bajo la figura del *arraigo* en que no existe una acusación formal, sino sólo una investigación y que se justifica ya sea porque el arraigado corre el riesgo de escaparse de la justicia o porque su integridad se encuentra en peligro. Los funcionarios arraigados, que hasta ese momento ejercían sus cargos públicos día a día, difícilmente estaban considerando darse a la fuga. Ahora bien, si había pruebas suficientes de su involucramiento en actividades delictivas, ¿por qué no se les imputaron cargos concretos? Si aún no habían pruebas suficientes y los funcionarios no estaban próximos a fugarse, ¿no habría sido más prudente esperar un par de semanas a que pasaran las elecciones antes de detenerlos?

do a Fabiola Alanís **en lo individual** y no sólo a su partido, sin duda puede traducirse en **inhibirla** de expresarse en el debate político en el futuro, empobreciendo así la pluralidad de la deliberación. Es-to es, el Tribunal tendría que haber contemplado no sólo la expresión de Alanís, sino también los **efectos** de su propio fallo para la deliberación colectiva. La aplicación de una sanción individual a un interlocutor sí que puede tener un **efecto silenciador** sobre ella, si bien no sobre su partido. Así, al sancionar, el Tribunal debió, cuando menos, restringirse a sancionar al PRD y no personalmente a Fabiola Alanís.

(III) El caso Sodi. Si se hubiera aplicado el modelo democrático, habrían tenido que considerarse varias circunstancias de la expresión. En primer lugar, se tendría que haber tomado en consideración si Demetrio Sodi tenía la intención de que su intervención al aire durante la transmisión de un partido de futbol cumpliera la función propia de la propaganda electoral. El hecho de que la participación haya sido anunciada con anticipación habría sido, sin duda, relevante. También relevante es el hecho de que la labor del reportero durante la "entrevista" se limitó a darle la palabra y agradecerle su participación. Esto es, Sodi estuvo en libertad de dar el contenido que quiso a su mensaje y lo aprovechó para dar a conocer parte de su plan de gobierno de resultar electo delegado.⁴⁴

La intención de Demetrio Sodi nos apunta en el sentido de que su expresión tenía fines electorales, pero ello por sí solo no es relevante para el modelo democrático. Lo relevante aquí sería determinar si el tener acceso a más de un minuto de tiempo aire durante la transmisión de un partido de futbol en televisión abierta y en cadena nacional, otorgaba una ventaja desproporcionada a Demetrio Sodi frente a sus interlocutores en una contienda por un cargo local. Considerando las circunstancias, lo más importante es resaltar el **desequilibrio** entre el foro en que se emitieron las expresiones y el escenario en que se llevaba a cabo la contienda. El foro es, probablemente, el más amplio e importante en el ámbito nacional: un partido de futbol transmitido por televisión abierta difícilmente

⁴⁴ Su intención fue puesta de manifiesto días después, durante la entrevista con Carlos Puig en que admitió que pretendía aprovechar el espacio con fines electorales.

puede ser superado en lo que a cobertura y difusión respecta. En contraste, los espacios que los demás candidatos a cargos de elección popular locales suelen tener difícilmente alcanzan una cobertura semejante. Quizá el hecho de que la principal contendiente de Sodi —Ana Guevara— era también una figura con acceso a foros internacionales habría atenuado la desventaja respecto de ella. Pero ello no quita que los **demás** contendientes para la jefatura delegacional de Miguel Hidalgo se veían en una desventaja considerable frente al acceso al espacio en televisión que tuvo Sodi.⁴⁵

Creo que es difícil saber cuál hubiera sido el resultado del Caso Sodi si se hubiera adoptado el modelo democrático sin llevar a cabo un ejercicio más amplio que el que aquí cabe. Lo importante es ilustrar que la deliberación del Tribunal en éste y otros casos habría tenido un perfil muy distinto con este modelo. Más importante aún: creo que la labor del TEPJF habría sido mucho menos restrictiva de las expresiones políticas en general si se hubiera adoptado el modelo democrático. Además, creo que la reglamentación constitucional explícita sobre propaganda electoral en radio y televisión es mucho menos fácil de burlar para los partidos políticos, pues este modelo obliga a entender el contexto en que se dan las expresiones y los efectos que producen, no sólo si una conducta actualiza un supuesto normativo (que nunca puede imaginar todos los casos actualizables). En síntesis: la reforma de 2007 funcionaría mejor si se empleara el modelo democrático para interpretarla.

⁴⁵ El ejercicio hasta aquí hecho con relación al caso Sodi trata sólo la diferencia sobre cómo habría sido abordado el caso de haberse adoptado el modelo democrático. Con independencia de ello, creo que el hecho de que la “entrevista” no haya sido tal, sino simplemente la entrega del micrófono a Sodi, y el hecho de que haya estado preprogramada y anunciada por el propio Sodi, harían aplicable la *regla* que prohíbe la adquisición de tiempo aire en radio y televisión por fuera de los tiempos oficiales. Si el Tribunal no lo vio así, creo que es porque quería, con mucho ahínco, verlo inocentemente (o no) como un ejercicio del oficio periodístico. Pero ello no tiene que ver con el modelo doctrinal adoptado por los magistrados, sino, creo yo, por el estándar de desempeño profesional que adoptaron.

CONCLUSIONES

La situación que guarda la libertad de expresión en la interpretación de la reforma constitucional de 2007 por parte del TEPJF es alarmante. No podemos ignorarlo. Lo que debiera formar parte del núcleo duro de protección de la libertad de expresión, la expresión lingüística de contenido político incómodo transmitida por un medio indudablemente idóneo para la comunicación (Pou 2007) se encuentra, por virtud de la interpretación del Tribunal, más restringida que ningún otro tipo de expresión. Encontramos los derechos a la honra y reputación de los políticos profesionales entronizados en la protección constitucional, derrotando la exigencia de un debate público desinhibido, robusto y abierto. El auditorio, específicamente el electorado, es una figura marginal, casi invisible en la mayor parte de los fallos del Tribunal. El discurso político se limita con facilidad: el mero uso de palabras medianamente fuertes como “maña” o “corrupto” justifica su supresión y censura. Se exige un estándar altísimo —idoneidad y necesidad para la consecución de fines constitucionalmente determinados— para los principales interlocutores en el debate político. En fin, todo parece alineado para empobrecer la deliberación colectiva que ha de gestar nuestro autogobierno.

¿Cómo llegamos a esto? No faltan voces —y a esas voces no les faltan foros— que señalan al nuevo modelo de comunicación política como el problema; a la reforma de 2007 como totalitaria, estalinista o “chavista”; voces que celebrarán el modelo liberal clásico como la panacea, el paraíso perdido. Esas voces se equivocan. No podemos pretender que vivimos a finales del siglo XVIII o principios del XIX, cuando el desequilibrio entre la capacidad de hacerse escuchar entre un ciudadano y otro dependía más de su talento o el volumen de su voz que de su posición económica. El disidente político que perora en la plaza pública ya no existe, ni puede existir. El foro público es hoy digital. El Estado, otrora poderoso censor, hoy en día parece, más bien, un dócil administrador de concesionarios de radio y televisión. El dinero, aun con la reforma de 2007, encuentra formas de hacerse de un espacio dominante en el foro público.

Asumir una postura propia del liberalismo decimonónico no hace más que dejar el campo libre para que el poderoso ocupe el foro, desplace a los interlocutores incómodos y empobrezca la deliberación colectiva y la vida política en común.

La reforma de 2007, y el sistema de comunicación político-electoral establecido en nuestra Constitución es, en su diseño general, un sistema avanzado y progresista. Es, además, adecuado para un país institucionalmente débil, con una clase empresarial poderosa, concentrada y politizada, en especial con unos medios de comunicación que tienen un enorme poder cultural y político y prácticamente una nula regulación. No podemos olvidar las coyunturas que desembocaron en la reforma de 2007: tanto la elección presidencial de 2006, como la ley Televisa amenazaron directamente la integridad institucional del país.

El problema no es la reforma de 2007, sino el proceder de quienes están encargados de aplicarla. El IFE y el TEPJF, ambos, han entendido la reforma de 2007, construida conforme al modelo democrático, a través de los lentes del modelo clásico. El resultado no podría ser peor, esto es más empobrecedor para el debate público y, en consecuencia, para la deliberación colectiva.

La utilización del modelo doctrinal clásico de libertad de expresión para interpretar y aplicar la reforma de 2007, ha tenido muchas consecuencias graves. Algunas ya han sido señaladas a lo largo del análisis crítico ofrecido en la última sección de este trabajo. Sin embargo, quisiera plantear aquí tres consecuencias generales —todas graves y complementarias— que impactan no sólo la aplicación del “nuevo modelo” en el ámbito electoral, sino también y necesariamente la arquitectura misma del sistema de regulación constitucional de la expresión:

1. El TEPJF, al adoptar el modelo clásico, asume que toda regulación de la expresión debe entenderse como un **límite** establecido para proteger un valor o derecho **ajeno** a la libertad de expresión. En consecuencia, se asigna a sí mismo la hercúlea tarea de explicar el rico y complejo entramado regulatorio de la comunicación política **desde fuera** de la libertad de expresión. Consecuentemente, se ha visto obligado a construir limitantes formidables de la expresión.

El resultado es que esos valores y derechos que explican los límites terminan por ser el centro de gravedad de la interpretación del régimen constitucional de la expresión. Los valores que históricamente se han entendido como las fuentes de los límites a la libertad de expresión —la moral, el orden público y los derechos de terceros— son reinterpretados por el Tribunal (que no es aún capaz de concebir que la regulación a la expresión provenga del propio derecho a la libertad de expresión) como derechos y valores de un peso abrumador, capaces de intervenir no sólo en la periferia de la libertad de expresión, sino en su centro mismo. Por ejemplo, el Tribunal ha reinterpretado ya la honra y reputación de los políticos profesionales como valores centrales del régimen democrático. La necesidad de construir la regulación de la expresión política **desde fuera** de la libertad de expresión es lo que nos está llevando al perfeccionismo sofocante que ya anuncian los fallos del Tribunal.

2. El modelo clásico aplicaba los límites a la libertad de expresión mediante un ejercicio de clasificación. Tradicionalmente, las categorías de discurso se ubicaban ya bajo el manto protector de la libertad de expresión, ya fuera de él. Así, había dos clasificaciones: expresiones protegidas y desprotegidas y, por tanto, regulables. Pero la reforma incluyó prohibiciones concretas a la expresión —unas por contenido, otras por la intersección de sujeto que se expresa y el foro en que se expresa—. Así, al aplicar el modelo clásico a la reforma de 2007 y al resto de la regulación constitucional de la expresión, se generó una clasificación tripartita: expresiones protegidas, desprotegidas y prohibidas. Lo grave es que, en este esquema, la Constitución no puede interpretarse de otra forma más que ubicando el discurso político en este último rubro: el más restringido de todos. Así, el discurso político que históricamente había sido el más protegido de todos en la doctrina constitucional, se inserta, en un giro perverso de la interpretación, en el extremo opuesto: el más restringido de todos.

3. Por último, el modelo clásico imagina a dos actores protagónicos en la relación tutelada por la libertad de expresión: el sujeto que se expresa y la autoridad. La reforma de 2007, por su

parte, pretendía regular sólo a cierto tipo de interlocutores y en determinados foros; los demás foros y actores quedaban relativamente desregulados. Además, en el modelo democrático y que dota de sentido al cambio constitucional, la regulación de los interlocutores tiene como finalidad el beneficio para un actor que, aunque no aparece explícitamente o directamente en la reforma, orienta todo su diseño: el elector, en calidad de auditorio. El TEPJF, al adoptar el modelo clásico como lente para interpretar la reforma, no encuentra en ella al auditorio y tampoco lo presupone (pues el modelo clásico no le prestaba mayor atención). Por ello, el elector, en su papel de auditor, prácticamente desaparece del horizonte interpretativo del Tribunal.

En México, el régimen constitucional y legal de comunicación política corre el riesgo de hacerse inoperante si se le sigue interpretando a través del lente equivocado. Se tiene ya un cuerpo doctrinal bastante amplio, creciente y cada vez más restrictivo y perfeccionista. De seguir este derrotero, las consecuencias que se vislumbran son graves: una contienda política orientada a proteger a los políticos más que a ofrecer al electorado alternativas palpables y desarrolladas; una deliberación pública constreñida y empobrecida, salvo para los políticos suficientemente temerarios y bien asesorados jurídicamente como para provocar y aprovechar “huecos” en un entramado de reglas sin aparato crítico que les unifique y haga operativas; un electorado invisible para las autoridades encargadas de arbitrar la contienda electoral.

De por medio se encuentran no sólo el régimen constitucional de una de las más importantes libertades fundamentales, sino la legitimidad del sistema político mismo. Se está aún al inicio de la construcción de una tradición constitucional de libertad de expresión y todavía cerca del arranque del modelo político-electoral que la reforma de 2007 intentó implementar. Aún es tiempo de rectificar. Ojalá no se derrote a la reforma constitucional de 2007, porque es de los pocos diques —quizá el único— que se han podido levantar para proteger a la vida política en común —la *res publica*— de la presión del dinero (tan difícil de contener). La democracia lo vale, deliberación, si ha de ser colectiva y orien-

tada al autogobierno, lo exige y el sistema político mexicano lo necesita urgentemente.

Sobre todo, es indispensable entender que la equidad es una precondition para la libertad de expresi3n como garant3a de la deliberaci3n colectiva. No se debe entender como un principio ajeno a la libertad de expresi3n que la limita, sino de una caracter3stica interna de la deliberaci3n colectiva que potencia el debate pol3tico a fin de que, efectivamente, 3ste sea robusto, desinhibido y abierto.

FUENTES CONSULTADAS

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2004. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. España: Trotta.
- Burgoa, Ignacio. 1998. *Las garantías individuales*. 30ª ed. México: Porrúa.
- Castro, Juventino V. 1998. *Garantías y amparo*. 10ª ed. México: Porrúa. Comisiones Unidas 2007.
- Fiss, Owen M. 1996. *The Irony of Free Speech*. EUA: Harvard University Press.
- Fiss, Owen M. 2010. *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*. Argentina: Ad Hoc-Facultad de Derecho UBA.
- Kalven, Harry Jr. 1988. *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*. EUA: Harper & Row.
- MacKinnon, Catherine A. 1993. *Only Words*. EUA: Harvard University Press.
- Madrazo Lajous, Alejandro. 2008. "El Tribunal falló". *Configuraciones*, núm. 26, Enero-marzo.
- Pou, Francisca. 2007. El precio de disentir. El debate interno de la Corte. En *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, ed. Santiago Vázquez Camacho. México: Porrúa.
- Salazar Ugarte, Pedro y Rodrigo Gutiérrez Rivas. 2008. *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*. México: IJ/UNAM/CONAPRED.
- Sentencia SUP-RAP-122/2008 (SUP-RAP 123 y 124 acumulados al 122 de 2008). Recurrentes: partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Acción Nacional. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-59/2009. Actor: Partido del Trabajo. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).

- SUP-RAP-75/2009 y SUP-RAP-82/2009 acumulados. Recurrentes: Partido Verde Ecologista de México y otros. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-81/2009 y acumulado. Recurrentes: partidos Revolucionario Institucional y Acción Nacional. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-122/2009. Actor: Partido Acción Nacional. Autoridad responsable: Secretario Ejecutivo, en su carácter de Secretario del Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-152/2009 y su acumulado. Actores: Partido Revolucionario Institucional y otro. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-175/2009. Actores: Partido de la Revolución Democrática y Alberto Picasso Barroel. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-198/2009. Actor: Partido de la Revolución Democrática. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-rap-234/2009; SUP-RAP-239/2009; SUP-RAP-240/2009; SUP-RAP-243/2009 y SUP-RAP-251/2009. Recurrentes: Ana

- Gabriela Guevara Espinoza, Partido Político Nacional Convergencia, Partido Acción Nacional, Demetrio Sodi de la Tijera y Partido de la Revolución Democrática. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-273/2009. Recurrente: Televimex S.A. de C.V. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-276/2009. Actor: Jorge Luis Quintero Luévano. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-280/2009. Recurrente: Partido Acción Nacional. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-288/2009. Actor: Partido Acción Nacional. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-295/2009. Recurrente: Agrupación política nacional “Propuesta Cívica”. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-304/2009 y acumulado SUP-RAP-305/2009. Actores: Partido Acción Nacional y Partido de la Revolución Democrática. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/>

- gateway.dll?f=templates&fn=default.htm (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-Rap-22/2010. Recurrente: Partido Acción Nacional. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-30/2010. Recurrente: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011).
- SUP-RAP-152/2010. Actor: Partido Acción Nacional. Autoridad responsable: Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consultada el 29 de abril de 2011). Shiffrin, Steve H. y Hesse H. Choper. 2001. "The First Amendment. Cases—Comments—." *Questions*, EUA: West Group.
- Vázquez Camacho, Santiago. 2007. Presentación. En *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, ed. Santiago Vázquez Camacho. México: Porrúa.

Libertad de expresión y equidad.
La reforma electoral de 2007 ante el Tribunal Electoral
es el número 5 de la Serie Cuadernos
de Divulgación de la Justicia Electoral.

Se terminó de imprimir en noviembre de 2012
en Impresora y Encuadernadora Progreso,
S.A. de C.V. (IEPSA), Calzada San Lorenzo 244,
Paraje San Juan, CP 09830, México, DF.

Su tiraje fue de 500 ejemplares.