

CAPÍTULO PRIMERO

MEDIOS, DEMOCRACIA Y ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los medios de comunicación de nuestro país, en los últimos años, los gobiernos y partidos mayoritarios han intentado a través de reformas jurídicas democratizar la relación entre medios, sociedad y Estado. Estimamos que no lo han logrado, como demuestro con los ejemplos de esas reformas que aquí exponemos. Igual podríamos decir de la inclusión en el ordenamiento jurídico nacional de la Ley General de Comunicación Social. ¿Por qué no se logra contar en México con una relación democrática entre los medios, la sociedad y el Estado?¹⁵

En gran medida no se logra ese objetivo porque los medios de comunicación, sobre todo los electrónicos, constituyen un poder fáctico de enorme peso político y económico. Los medios electrónicos son un aliado del *statu quo* político y económico que no es aún democrático. A los integrantes de los subsistemas político y económico les interesa ese tipo de alianza con los medios porque les permite mantener su poder político y económico, y con ello sus privilegios. Medios independientes de los gobiernos en turno o del sector económico más influyente podrían debilitar las condiciones de dominación existentes.¹⁶

¹⁵ Vieja pregunta motivo de diversos estudios: Villanueva, Ernesto, *El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995; Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información*, México, UNAM, 1998, y Maira, Luis et al., *Democracia y medios de comunicación*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2004.

¹⁶ Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 23-33.

No podemos obviar, como dice Ian Shapiro, que la democracia debe ser un medio para manejar las relaciones de poder con el fin de minimizar la dominación.¹⁷ Otro influyente autor de la ciencia política, Steven Lukes, dice que existen muchas aproximaciones para entender y definir poder. Una de ellas, la más elemental y socorrida, entiende que alguien tiene poder sobre otro cuando prevalece su interés y logra influir en sus decisiones. En las escuelas jurídicas esta concepción empata con las teorías centradas en las normas jurídicas coactivas y producidas por órganos del Estado (la amenaza seguida de sanción). Otro enfoque del poder señala que alguien tiene poder no sólo cuando influye en el otro e impone su interés, sino también cuando logra evitar conflictos y excluye de la agenda pública los intereses del otro. Esta segunda visión del poder tiene relación, entre otras, con las escuelas neoconstitucionalistas, que ya no centran lo jurídico en la norma coactiva sino en un ordenamiento complejo susceptible de argumentación, en donde ésta define el alcance y significación de los principios jurídicos en pugna —puede ampliarlos o restringirlos, excluyendo variables y contenidos que a los tribunales constitucionales no les interesa poner de manifiesto para salvaguardar el *statu quo*—.

En una tercera dimensión, se entiende que el poder significa la capacidad que tienen algunos para modelar la cultura e ideología de la sociedad concreta. Igualmente, consideran que el poder deviene de la inacción de los sin poder, y que por eso conviene estudiar cuándo los sin poder tienen la capacidad de cambiar su situación política. En las escuelas jurídicas esta tercera concepción del poder se relaciona con las escuelas críticas del derecho de influencia marxista y gramsciana. Aquí, el jurista no tiene duda de que el derecho es creación del poder y que modela a las sociedades junto con otros elementos culturales, institucionales e ideológicos y que, por ello, las orientaciones jurídicas no

¹⁷ Shapiro, Ian, *The State of Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 2003.

son neutrales, pues el derecho puede servir a los fines del *statu quo* o puede estar contra de él para cambiarlo.¹⁸

El poder de los medios en México tiene relación con los tres significados que expone Lukes, pero fundamentalmente con el segundo y con el tercero. Los medios excluyen de la agenda pública los temas que no le interesan al *statu quo* y los que incluyen en ella los reinterpretan de acuerdo con sus intereses. Además, han moldeado durante décadas la cultura y la ideología de nuestra sociedad.

La simbiosis entre medios y gobierno consolida un gran poder al margen de los ciudadanos. Los medios y los gobiernos son variables que se complementan y refuerzan. Veremos aquí cómo la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión tuvo por fin principal reordenar el mercado de las empresas interesadas sin garantizar la pluralidad en los medios ni en los medios y sin promover los medios públicos o comunitarios o los derechos de las audiencias. La reforma en transparencia y acceso a la información pública ha tenido como dice John Ackerman, el paradójico resultado de crear mayor opacidad.¹⁹ Las normas de transparencia no son todavía un elemento esencial para la consolidación del Estado de derecho, en México se han ido poco a poco delineando como elemento de simulación institucional.²⁰

El resto de las normas que en este capítulo ponemos como ejemplo dan cuenta exactamente de lo mismo. La aprobación de la legislación en materia de réplica generó la esperanza de que con ella se iban a incrementar debates vigorosos entre gobernantes y responsables de los medios. Nada de ello ha sucedido. Los medios son bastante impermeables a las solicitudes de rectifica-

¹⁸ Lukes, Steven, *Power. A Radical View*, Londres, The MacMillan Press, 1974.

¹⁹ Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008, p. 12.

²⁰ Cossío, José Ramón, "Transparencia y Estado de derecho", en Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, cit., p. 116.

ción de información y no sufren consecuencias jurídicas por sus inveteradas conductas. Caso más grave es el del derecho de las audiencias. El Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión —publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de octubre de 2017 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación—, redujo a añicos las posibilidades de que los mexicanos contáramos con un derecho de las audiencias sólido.

No quiero expresar pesimismo, pero parece que visiones críticas sobre el Estado como la de John Holloway, expuesta en su obra: *Cambiar el mundo sin tomar el poder. El significado de la revolución hoy*, tienen algo de razón. Holloway dice que tanto los revolucionarios como los reformistas intentaron transformar la realidad a través del Estado, pero ambas posturas han fracasado, porque el Estado no se puede orientar a favor de los proletarios y excluidos, aunque se pretenda. El Estado y el capitalismo están estrechamente vinculados, más allá de lo que se puede suponer. El error de los revolucionarios es tener una visión instrumental de la naturaleza capitalista del Estado y creer que se puede dirigir, al tomar el poder y el control de él, en beneficio de las clases proletarias; el de los socialdemócratas es el de engañarse con las posibilidades de domeñar al Estado capitalista a favor de conquistas sociales. Holloway considera que el Estado moderno está inmerso profundamente en la red de relaciones sociales capitalistas y que nunca puede instrumentalizarse a favor de los excluidos. Manifiesta que, sobre todo hoy en día, en el mundo de la globalización y el neoliberalismo, las relaciones sociales capitalistas no coinciden con las fronteras territoriales del Estado, y que las relaciones capitalistas están “desterritorializadas” y se reproducen más allá de las fronteras nacionales al grado de imponerse con lógicas internas, pero fundamentalmente externas en el territorio de cada Estado. Afirma que es equivocado pensar que primero se debe ganar el poder y después se puede constituir una sociedad valiosa para la humanidad, pues el realismo del poder sólo reproduce al poder. Encuentra en el movimiento neozapatista un

ejemplo de cómo se puede cambiar el mundo sin tomar el poder, sin el Estado, es más, al margen de él. Halloway no propone recetas de cómo cambiar el mundo sin tomar el poder, pero estima que las comunidades y grupos sociales deben trabajar mediante la lucha social, política y económica en ello. Él aprecia que, para comenzar, debemos aunar la teoría con el hacer. El hacer es de carácter social y es opuesto al tradicional “poder sobre” del capitalismo de Estado. En el capitalismo “lo hecho” está separado del “hacer” y se vuelve contra él. Halloway asume que la humanidad hoy en día tiene distintos escenarios: *a)* abandonar la esperanza para que la fuerza y el poder estén siempre presentes; *b)* olvidar las sutilezas y concentrarse en la naturaleza binaria del antagonismo de clases como sostuvo el marxismo clásico, y *c)* no perder la esperanza, lo que implica resistir y negar al capitalismo y al Estado, pues en las sociedades de nuestro tiempo, estamos obligados a entender lo que es negado, excluido, marginado. Como miembros de las comunidades debemos participar en el antagonismo y en la lucha permanente contra los sistemas de opresión capitalista. Su propuesta es: “...pelear por medio de la crítica para recuperar el hacer”.²¹

II. LA REFORMA EN MATERIA DE RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES

La reforma en telecomunicaciones y radiodifusión que modificó los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución²² implicó, lo haría aún más su legislación secundaria, un marco ju-

²¹ Halloway, John, *Cambiar el mundo sin tomar el poder. El significado de la revolución hoy*, Caracas, Vadell Hermanos, C. A., 2005, pp. 15-220. También, véase el prefacio de John Halloway al libro de Matamoros Ponce, Fernando, *Memoria y utopía en México. Imaginarios en la génesis del neozapatismo*, Xalapa, Universidad Veracruzana-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2005, pp. 23-25.

²² *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2013.

rídico favorable a los medios de comunicación electrónica²³ para limitar y reducir *en buena medida* el papel de los medios públicos y comunitarios, todo ello en desdoro de la efectiva realización del derecho a la información. La reforma estableció, entre otras medidas: que ninguna empresa puede concentrar más del 50% del mercado respectivo, constituyó un organismo para regular los medios públicos (IFT), reconoció el derecho fundamental para acceder a la banda ancha, limitó la propaganda gubernamental, indicó retóricamente que el servicio de radiodifusión es de carácter social, dotó de autonomía constitucional al organismo para las telecomunicaciones, pero éste está en manos de los partidos dominantes, y concedió la autonomía constitucional de la Comisión Federal de Competencia que también está en manos de los partidos mayoritarios. Pareció tratarse de una gran reforma que resolvería la influencia de los poderes fácticos mediáticos y de telecomunicaciones en la vida institucional y democrática del país.

Sin embargo, la reforma constitucional y legal en materia de telecomunicaciones y radiodifusión que ha sido en general bien recibida por muchos sectores sociales, académicos y aún por los que se podrían considerar como afectados (entre otros, el duopolio televisivo y los responsables de Telmex), desde nuestro punto de vista no es la reforma que se requería para garantizar derechos humanos a la información y para proteger los intereses nacionales, *a pesar de que contiene algunos avances, por ejemplo, los medios de uso social tienen derecho a publicidad oficial hasta un 2% del presupuesto destinado a ese propósito*. Fue una reforma que tanto constitucional como legalmente favoreció descaradamente a los medios de comunicación electrónicos mexicanos de carácter privado, seguramente porque éstos apoyaron en 2012, al margen de la ley, la campaña presidencial del ex presidente Peña Nieto, y, por tanto, la modificación jurídica enfocó sus principales medidas en contra del monopolio en materia de telecomunicaciones (Telmex).

²³ Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada el 14 de julio de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*. Más de un año después de la obligación transitoria que exigía la reforma constitucional.

Oficialmente, el diagnóstico previo a la reforma consideraba en materia de telecomunicaciones lo siguiente: 1) existe alta concentración, débil competencia y altos precios en telecomunicaciones; 2) en telecomunicaciones, una sola compañía concentra el 80% del mercado de telefonía fija y el 70% de telefonía móvil; 3) en México existe muy baja cobertura de redes de telecomunicaciones en poblaciones de menos de 5000 habitantes; sólo el 26% de los hogares tienen Internet y el 39.8% de la población es usuaria del servicio, y 4) La densidad de la banda ancha en México figura entre las más bajas de los países de la OCDE y la velocidad sigue siendo lenta. La reforma se proponía como objetivos: asegurar la cobertura universal de servicios de televisión, radio, telefonía y datos; mejorar los precios para que todos los niveles socioeconómicos tengan acceso a los servicios mediante la promoción de la competencia, y favorecer la calidad en el servicio y en el contenido.

Los fines anteriores suponían que la reforma ampliaría el acceso de las tecnologías de la información y la comunicación y la banda ancha a más personas y sectores sociales. Para ello, como se señaló, se dotó de autonomía al Instituto Federal de Telecomunicaciones, autoridad reguladora competente, y se abrió la inversión extranjera en telecomunicaciones al 100% y en radiodifusión al 49%. Además, se pretendió con la reforma el acceso a Internet al 70% de los hogares y al 85% a las pequeñas y medianas empresas.

El órgano regulador de las telecomunicaciones y radiodifusión, al que se confiere autonomía constitucional, desde nuestro punto de vista carece de legitimidad democrática de origen. Es un órgano elitista, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el Ejecutivo Federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deben a los intereses de la sociedad, sino a los intereses de los que los designen. El tema de la legitimidad democrática de los órganos constitucionales autónomos no es asunto menor, pues como ór-

ganos cúspide del Estado mexicano, sus titulares debieran provenir de la soberanía popular para que a ésta se deban.²⁴

La reforma constitucional en telecomunicaciones y radiodifusión omitió indebidamente asuntos fundamentales, entre ellos, los siguientes: 1) defender los derechos de las audiencias para garantizar la calidad y pluralidad en la programación de los medios; 2) garantizar pormenorizadamente los derechos de los usuarios; 3) establecer con suficiencia las asimetrías existentes entre los concesionarios de telecomunicaciones y radiodifusión para garantizar una competencia auténtica; 4) determinar sanciones severas en caso de concentración indebida en los sectores de la reforma, incluyendo la revocación de las concesiones; 5) contemplar el acceso gratuito a Internet; 6) asignar al menos un 30% de las concesiones a medios de uso social (medios comunitarios); 7) promover los medios públicos de comunicación en al menos un 30% del espectro radioeléctrico; 8) oponerse al porcentaje de 100% de inversión extranjera en telecomunicaciones y 49% en radiodifusión para defender la soberanía nacional sobre el espacio radioeléctrico; 9) despartidocratizar la elección de los titulares del IFT, y 10) rechazar que una empresa concentre el 50% del mercado en telecomunicaciones y radiodifusión (fracción III del artículo octavo transitorio de la reforma constitucional). Ello es contrario a la libre competencia y no resuelve la concentración monopólica que genera el duopolio televisivo ni el excesivo poder de Telmex en las telecomunicaciones. La concentración hasta del 50% de una empresa en alguno de los sectores no resuelve el problema de los monopolios en México. Una empresa que posea el 50% del mercado —Televisa o Telmex— seguirá siendo preponderante y podrá imponer a la autoridad reguladora muchas decisiones en su ámbito de actuación. ¿Por qué no se reduce ese porcentaje de concentración al 20% o al 30%? Nuestra respuesta es porque no se quiere efectivamente combatir la concentración empresarial. En los Estados Unidos, paradigma

²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Las pruebas y las resoluciones electorales*, México, Porrúa, 2014.

del modelo capitalista, ninguna empresa de televisión puede tener más del 30% del mercado.

De peor manera que la reforma constitucional, la reforma secundaria en telecomunicaciones estableció inconstitucionalmente —violenta el artículo 8o. transitorio de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión— que la preponderancia se determine por sector y no por servicios.²⁵ Además, tanto en la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión como en la legislación secundaria, la Comisión Federal de Electricidad cede a Telecomunicaciones de México su concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones para favorecer a los inversionistas privados. La reforma priva a la Comisión Federal de Electricidad de su red con el propósito de compartirla con los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, lo que constituye un despojo a la nación. Nuevamente los recursos públicos se emplearán para beneficiar a intereses privados o, en otras palabras, esa reforma favorece que inversionistas privados obtengan beneficios económicos y que para ello compartan la infraestructura pública de una red que debiera ser estratégica para el desarrollo de la nación y para el logro de los intereses generales. Es evidente que en este punto, como en otros de la reforma, existe una privatización de lo público.

Se profundiza en la ley la ilegitimidad de origen del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Es un órgano elitista resultado del desdoblamiento de la oligarquía nacional y transnacional, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el Ejecutivo Federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deben a los intereses de la sociedad, sino a los intereses de los que los designan.

²⁵ Si la declaración de preponderancia se hace por sector no se desagregarán todos los servicios ofrecidos, tales como Internet, telefonía, televisión de paga, servicios de venta de publicidad, etcétera. Esta medida claramente favorece a las empresas nacionales y foráneas.

Los medios públicos y sociales de televisión y radio se encuentran en la legislación secundaria en estado de precariedad respecto a los medios privados que son favorecidos por la ley. Ello demuestra, no solamente, el esquema privatizador de la reforma, sino que también prueba cómo el Estado mexicano pierde recatoria económica en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión. Se trata de una violación evidente al artículo 25 de la Constitución. Como se ha dicho por expertos y legisladores, el espacio radioeléctrico debiera dividirse a tercios, tal como ocurre en el derecho comparado (Argentina o Ecuador), un tercio para el sector público, otro para el sector social y otro para el sector privado.

La ley secundaria descuida los derechos de las audiencias, pues no se garantiza el derecho a la información y sin la garantía plena de este derecho no hay democracia, sino la dictadura mediática que hoy tenemos en México. Es decir, la legislación no protege los derechos al pluralismo de los medios y en los medios, el derecho a recibir información veraz, el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos, el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que todos los puntos de vista relevantes se manifiesten en igualdad de circunstancias en ellos. Igualmente, se legaliza el bloqueo de señales para impedir el libre flujo de información en Internet. Si se aducen causas de seguridad nacional, se permite a los operadores y prestadores de servicios de telecomunicaciones establecer zonas geográficas donde la señal pueda ser interrumpida, lo que tiene por propósito limitar las protestas de los movimientos sociales.

En la legislación secundaria de telecomunicaciones y radiodifusión, las autoridades de seguridad pública y las ministeriales, pueden inconstitucionalmente violentar el derecho a la privacidad de las personas y están facultados para autorizar la geolocalización de los gobernados e intervenir en conversaciones privadas o en el intercambio de datos que los ciudadanos entre ellos realizan. Lo anterior es abiertamente anticonstitucional, pues toda afectación o intervención en los derechos de las personas debe

contar con la autorización judicial en los términos del artículo 16 de la Constitución.²⁶

La Ley Federal de Telecomunicaciones indica que el Ejecutivo Federal podrá hacer la requisa de las vías generales de comunicación, entre las que se encuentran el espacio aéreo y el espacio radioeléctrico, en los casos de desastre natural, guerra, grave alteración del orden público o cuando se prevea algún peligro inminente para la seguridad nacional, la paz interior o la economía. La requisa implica una suspensión de garantías sin cumplir con las formalidades previstas en el artículo 29 de la Constitución y se trata de un mecanismo represivo contrario a los principios de un Estado de derecho democrático obligado a cumplir con los principios del debido proceso y con el derecho a la información.

Por otra parte, en contra de la finalidad de la reforma constitucional que creó el IFT, la Secretaría de Gobernación administra los tiempos que le corresponden al Estado y aún tiene algunas competencias respecto a los contenidos audiovisuales sobre los que aún puede hacer revisión previa —se trata de la censura previa prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. La existencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones hace innecesario que Gobernación tenga aún facultades en la materia y mucho menos atribuciones de censura contrarias a los derechos humanos. Ello violenta los principios del Estado constitucional de derecho y la neutralidad que se dice preserva la reforma legal.

²⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 32/2012 promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos validó las normas que permiten la geolocalización de los equipos de comunicación móvil vinculados a delitos considerados graves. Sesiones celebradas los días 9, 13, 14 y 16 de enero de 2014. En 2018, al decidir las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 promovidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el anterior Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, cambió su criterio y señaló que la geolocalización no cumple con el principio de proporcionalidad en sentido estricto e invalidó el primer párrafo del artículo 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales. *Diario Oficial de la Federación*, 25 de junio de 2018.

La legislación secundaria de telecomunicaciones y radiodifusión no reguló el derecho de réplica de los ciudadanos ni normó la publicidad oficial, lo que en su momento afectó los derechos humanos de las audiencias y transgredió el principio de imparcialidad que debe caracterizar al Estado. El arreglo a favor de los intereses de la oligarquía es claro: pocos derechos a los ciudadanos y en contrapartida muchos derechos para los empresarios nacionales y foráneos y pocas obligaciones para ellos. La reforma de telecomunicaciones es un esquema de negocios y no un ordenamiento para garantizar derechos.

Las sanciones en contra de los medios privados de comunicación que prevé la ley son ridículas. Existe en toda la ley secundaria un trato de privilegio, contrario al artículo 1o. constitucional, a favor de los medios privados y en contra de los medios públicos y sociales. Las asignaciones de uso social y público están sobrerreguladas, no existe un principio de equidad para las comunidades indígenas ni para los medios públicos. La ley secundaria se diseñó con el propósito exclusivo de proteger a los medios privados y menoscabar las posibilidades de los medios sociales y públicos.

En fin, la reforma secundaria no garantiza el derecho a la información ni protege adecuadamente los derechos de las audiencias. Es una reforma para que las oligarquías nacionales y transnacionales hagan negocios a costa de los recursos de la nación —el espectro radioeléctrico y el espacio aéreo—. Y no resuelve la concentración monopólica ya existente en México en telecomunicaciones ni en radiodifusión.

III. LA REFORMA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La reforma constitucional en materia de transparencia, acceso a la información pública, y protección de datos —la reforma modificó los artículos 6o., 73, 76, 78, 89, 105, 108, 110, 111, 116 y

122 de la Constitución—, fue el resultado de negociaciones en la opacidad, informales y de carácter previo, en donde algunos grupos parlamentarios no participaron como el del PT en el Senado *y otros movimientos políticos como Morena no fueron consultados*.²⁷ Es cierto que distintos académicos y activistas reconocidos se pronunciaron a favor de la reforma.²⁸ Los grupos parlamentarios del PRI-PVEM, PAN y PRD acordaron fundamentalmente la redacción hoy vigente. Es decir, la reforma careció de carácter representativo.²⁹

Reconozco que las reformas fueron aplaudidas internacionalmente y que el “Centre for Law and Democracy and Access Info Europe”, en su reporte de

²⁷ Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 2014.

²⁸ Ruelas, Ana Cristina, “Transparencia: el arroz de todos los moles”, *Guía Pública*, Artículo 19, 15 de marzo de 2014.

²⁹ La reforma devino del Pacto por México que se firmó al inicio del sexenio de Peña Nieto. El Pacto fracasó porque: 1) los calendarios electorales y elecciones locales pusieron a prueba muchas veces la cohesión del pacto. Las posibles alianzas estatales y municipales entre el PAN y el PRD obligaron al PRI a recurrir a todas las prácticas inimaginables para ganar las elecciones municipales y estatales. Lo anterior distanció a las fuerzas políticas; 2) las movilizaciones sociales en contra de las reformas petrolera, telecomunicaciones, transparencia y fiscal —acordadas en el Pacto— provocaron divisiones al interior de los partidos, principalmente en el PRD, pero también en el PRI; 3) el Pacto por México integró con el gobierno federal a las tres fuerzas políticas más importantes del país en ese momento (PRI, PRD, PAN), pero no comprendió al resto de los partidos (Partido del Trabajo, Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza). El Pacto por México no sumó a las organizaciones sociales ni a las organizaciones empresariales. No existió en él representación estatal ni municipal. No se incluyó en el Pacto a los pueblos indígenas ni están formalmente en él los poderes fácticos. Fue un acuerdo político poco representativo, débilmente incluyente, que no respetó los derechos de las minorías y la pluralidad existente en el país. Fue elaborado y diseñado de espaldas a la sociedad, y 4) las cúpulas de los tres partidos mayoritarios negociaron el Pacto y las militancias de esos partidos estuvieron ausentes. Los temas y el alcance o profundidad de cada uno de ellos fueron decididos por esas dirigencias y, no se ha justificado aún ante la sociedad, el porqué de esos temas y por qué con ese alcance. No se dio oportunidad para que los discursos alternativos a la hegemonía política —como el de los zapatistas o los miembros del Movimiento Regeneración Nacional (Morena)— expusieran sus preocupaciones, sus temáticas, y la profundidad con que deberían tratarse los asuntos. Se trató de un Pacto acordado sin luz ni taquígrafos.

28 de septiembre de 2016, consideró que el marco jurídico de México en la materia era el mejor del mundo —recibió una puntuación de 136 sobre 150 puntos—. No obstante esa apreciación, mi postura académica es opuesta a esa apología, porque como lo acreditó con el estudio que adelante hago, las disposiciones sobre transparencia y acceso a la información plantean problemas jurídicos y democráticos importantes. Mi punto, es que esa reforma pudo ser mejor, y aunque se perfeccionó el marco previo que era más deficiente que el actual, existen aún elementos normativos cuestionables. Así, por ejemplo, el INAI aunque formalmente es ahora un órgano constitucional autónomo, los procedimientos para la designación de sus titulares dependen de un esquema de reparto de cuotas de los dos o tres partidos mayoritarios en el Senado —el INAI es un órgano partidocrático que responde a los intereses o deseos de los que tienen el poder de nombrar a los funcionarios cúspide—.

En este sentido, la reforma deja mucho que desear en términos de la autonomía constitucional del INAI. Éste es un órgano partidizado y no ciudadano. El método de designación de los comisionados debiera descansar en criterios basados en los méritos o realizarse a través de una elección ciudadana o, en su caso, sería aconsejable el empleo de ambos métodos para garantizar la plena independencia de la institución.

El mecanismo de designación de los comisionados del INAI implica un reparto de cuotas en los nombramientos a favor de los partidos mayoritarios. El INAI es un organismo que, aunque es cúspide en la estructura del Estado, carece de legitimidad democrática de origen, porque el nombramiento de sus titulares no descansa en la voluntad de los ciudadanos, sino en la de los grupos parlamentarios mayoritarios en el Senado.

Según la reforma, el ejecutivo puede objetar el procedimiento de designación de los comisionados del INAI. Ese poder de objeción reduce aún más la independencia de los comisionados porque le da injerencia al Ejecutivo en sus nombramientos.

Además, las modificaciones constitucionales son cuestionables por los siguientes motivos:

La reforma al artículo 6o. de la Constitución previó la prevalencia de la Federación *sobre los Estados y la Ciudad de México*, en

la materia.³⁰ El cambio constitucional se hizo en consonancia con la creciente tendencia en la vida nacional a vulnerar el sistema federal, a través del empleo de leyes generales, que no son aprobadas por las legislaturas locales, sino exclusivamente por las cámaras federales.³¹

El órgano garante —el INAI— tiene competencia sobre los órganos de transparencia de los estados y de la Ciudad de México. Existe en la reforma una invasión centralista a las competencias de las entidades federativas (artículo 6o. de la Constitución). Los órganos garantes de los estados y de la Ciudad de México, quedan supeditados al órgano nacional por dos razones: 1) porque el INAI podrá conocer de sus resoluciones, y 2) porque todos los órganos de transparencia de las entidades federativas están regulados por la ley general en donde el órgano central-nacional tiene preponderancia jurídica.

Igualmente, el cambio constitucional limita la supuesta autonomía del órgano garante —el INAI—, pues el consejero jurídico puede impugnar sus resoluciones cuando se trate de asuntos relacionados con la seguridad nacional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación vía un recurso especial de revisión.³² En

³⁰ Siempre el papel de los órganos de transparencia y acceso a la información pública locales ha sido modesto. Véase Quezada, Bianca Paola (coord.), *Derecho de acceso a la información pública en los Estados*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

³¹ Serna de la Garza, José María, “Elementos conceptuales para el análisis del Estado Federal mexicano”, en Astudillo, César y Casarín León, Manlio Fabio (coords.), *Derecho constitucional Estatal. Memoria del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, 2010, pp. 531-557.

³² La seguridad nacional es un concepto ambiguo que permite cualquier intervención. El concepto de seguridad nacional era totalmente extraño en el derecho mexicano hasta la reforma constitucional al artículo 73 fracción XXIX-M de 2004. Antes de esa categoría, la Constitución empleaba los conceptos de seguridad exterior, interior y seguridad pública. ¿De dónde proviene el concepto seguridad nacional? De los Estados Unidos, que influyeron en el gobierno de Vicente Fox por razones geopolíticas para que ese término se plasmara en nuestra Constitución. Según la Ley de Seguridad Nacional —publicada el 31 de enero de 2005 en el *Diario Oficial de la Federación*—, en su

el artículo 6o. de la Constitución no se precisaron las funciones del Consejo Consultivo del INAI.

No se estableció que todos los poderes fácticos, *por ejemplo, los mediáticos o las transnacionales, pudieran ser sujetos obligados de la transparencia más allá de cuando reciben recursos públicos o entran en relaciones jurídicas con los gobiernos, dada su profunda trascendencia e influencia en los poderes e instituciones formales, los que son condicionados por los grandes intereses de dichos poderes fácticos. ¿Qué sentido tiene transparentar el poder formal cuando el poder real que determina los destinos de la nación no está sujeto a fuertes obligaciones de transparencia y escrutinio público?* Exclusivamente la reforma se ocupa de los partidos y sindicatos —en la legislación secundaria sin hacerlo integralmente—, pero no

artículo 3o., ésta conlleva a: I. Proteger a la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país; II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio; III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno; IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución; V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto a otros Estados o sujetos de derecho internacional, y; VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes. El artículo 5o. de la Ley de Seguridad Nacional enumera las amenazas a la seguridad nacional: 1) Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de México dentro del territorio nacional; 2) Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano; 3) Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada; 4) Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución; 5) Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada; 6) Actos en contra de la seguridad de la aviación; 7) Actos que atenten en contra del personal diplomático; 8) Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva; 9) Actos ilícitos en contra de la navegación marítima; 10) Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas; 11) Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y 12) Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

de los demás poderes reales que inciden, y de qué manera en la vida nacional.

En México requerimos órganos auténticamente autónomos. El INAI no lo es por las siguientes razones: 1) los órganos cúspide del Estado merecen que sus titulares cuenten con legitimidad democrática derivada de los ciudadanos para tener responsabilidad directa frente y ante ellos, y porque deben ser expresión de la soberanía popular; 2) la historia política y constitucional de México demuestra que los nombramientos de los denominados órganos autónomos se realizaban antes por el presidente hegemónico y, ahora, por el acuerdo de las cúpulas de los partidos mayoritarios —en este caso en el Senado—; 3) el hecho anterior limita la independencia de sus titulares porque suelen actuar y decidir como si fuesen correas de transmisión de los intereses y voluntad de quién los designó; 4) esos órganos y poderes se han partidocrático y se conducen en atención a ese hecho; 5) no hay pluralismo jurídico, político o ideológico al interior de esos órganos porque los titulares de los mismos representan y reproducen las concepciones jurídicas o políticas de las clases dominantes en el país; 6) por el método de designación existente, los titulares de esos órganos, pierden independencia porque con motivo de sus funciones no afectarán los intereses de quién los nombró; 7) son órganos elitistas que implican un desdoblamiento de la oligarquía nacional en ellos; 8) los titulares del INAI hasta la fecha no han generado vínculos con la ciudadanía ni se esfuerzan por rendirle cuentas a la sociedad, y 9) sus titulares resuelven de espaldas a la comunidad y por lo mismo no promueven las necesidades, los intereses ni los derechos de los ciudadanos, sino los intereses y privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *statu quo*.

¿Por qué no se escoge otro método de elección para los titulares del INAI? Por ejemplo: 1) que las diez universidades más importantes del país propongan a cinco expertos cada una, y que los titulares del organismo sean sorteados entre ellos, o 2) que sean electos por los ciudadanos sin que los interesados realicen campañas ni reciban financiamiento, pero con acceso a los

tiempos de radio y televisión para que los aspirantes expongan su plan de trabajo y posteriormente sean electos por los ciudadanos. La respuesta para la pregunta de por qué no se ensaya otro método de elección de este tipo de órganos es porque se terminaría el atractivo para los que firmaron el Pacto por México del 2 de diciembre de 2012, que es el reparto de cargos y prebendas entre ellos y no la democratización del país. El sabor que dejó la aprobación de la reforma constitucional no es muy agradable, pues el INAI seguirá secuestrado por los partidos mayoritarios.

Tiempo atrás, Thomas Jefferson afirmó que, si tuviera que elegir entre un gobierno sin periódicos o periódicos sin un gobierno, no dudaría un instante en preferir esto último (Carta al coronel Edward Carrington, del 16 de enero de 1787). ¿Por qué? Porque la libertad de expresión y el derecho a la información tienen un valor preferente sobre otros derechos y libertades. Son el fundamento de otros derechos y libertades. Son, como dice una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el balón de oxígeno de la democracia (*Sullivan vs. New York Times*). Por eso, la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe que los derechos a la libertad de expresión y a la información sean regulados mediante ley. Una ley que regule el derecho a la información en los Estados Unidos sería impensable, y contraria a la primera enmienda de la Constitución de ese país.³³

En México, no sólo se aprobó la ley general para regular la transparencia, sino que quedó muy distante y lejos de los principios que se contienen en los tratados suscritos por México.³⁴

Todos los principios de las declaraciones y tratados que hemos firmado exigen un derecho a la información amplísimo, y la

³³ Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 431 y ss. Véase, también, Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004, pp. 289 y ss.

³⁴ Gómez Hermosillo Marín, Rogelio y Herrera Meraz, Christian, *Gobierno bajo la lupa. Guía ciudadana para ejercer el derecho de acceso a la información*, México, Alianza Cívica, 2008.

ley general restringe el principio de “máxima publicidad”.³⁵ Por ejemplo, en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU sólo se establecen dos límites al derecho a la información: 1) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, y 2) la protección de la seguridad nacional. En cambio, el artículo 113 de la ley general contiene más de diez causales de información reservada, algunas de ellas incompatibles con la democracia.

Otro ejemplo, el Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos de 1999, indica *que las excepciones y limitaciones al derecho a la información deben ser escasas y estrictas “que demuestren perjuicio” y el “interés público” y, que en ocasiones, aunque la información sea reservada y aunque sea privada, si ésta revela un alto nivel de corrupción dentro del gobierno debe hacerse pública.*³⁶

En todas esas normas está presente el principio de “máxima publicidad” contemplado en el artículo 6o. de nuestra Constitución que exige elaborar leyes siempre de manera progresiva para optimizar el principio. Sin embargo, la ley general escamotea el principio de máxima publicidad.

Las razones de por qué se escamotea en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública,³⁷ que regula el derecho a la información, el principio de máxima publicidad, son las siguientes:³⁸

³⁵ El Poder Judicial de la Federación ha mantenido históricamente posiciones titubeantes, aún sobre su propia transparencia. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de normas y criterios en materia de transparencia y acceso a la información pública de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 2005.

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 1999*, Washington, OEA, pp. 2-65.

³⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2015.

³⁸ ¿Qué es máxima publicidad? El artículo 8o., fracción VI, de la ley general la define mal y retóricamente. Máxima publicidad implica desde nuestro punto de vista la garantía plena del derecho a saber, es decir, que todas las

- 1) Los titulares de los órganos garantes, como ya lo dijimos respecto a la reforma constitucional en la materia, incluyendo al INAI, son designados respondiendo al esquema de reparto de cuotas entre los partidos mayoritarios. Ello no garantiza su independencia ni su imparcialidad. Los órganos garantes están partidocratizados. Esos titulares son secuestrados por la voluntad de los partidos hegemónicos y del Ejecutivo. Son una oligarquía institucionalizada.
- 2) Desgraciadamente, no son sujetos obligados los poderes fácticos que reciben una concesión, permiso, autorización, licencia o contrato del Estado. El poder mediático y las petroleras también debieran ser, en todos los casos, sujetos obligados más allá del hecho de recibir la concesión, licencia, permiso, autorización o contrato para realizar alguna función de trascendencia pública en alguna aérea estratégica o prioritaria. La reforma constitucional y la ley señalaron como sujetos obligados a poderes fácticos débiles como los partidos y sindicatos, y no a los poderosos como las televisoras y/o las transnacionales.
- 3) El criterio para definir si algo es público o privado para efectos de la transparencia y acceso a la información pública, no debiera ser solamente el ejercicio de los recursos públicos, sino también la función o tarea que realizan los sujetos privados y/o su nivel de incidencia en la vida económica o política. Si los sujetos o entes privados realizan una tarea que tiene consecuencias públicas, sociales, o sus fines afectan a la economía, esas funciones también deben ser públicas.
- 4) La posibilidad prevista en la ley —artículos 189 y siguientes— para que el consejero jurídico del gobierno federal

personas del Estado conozcan de manera pública y comprensible de manera oportuna y completa de todos los asuntos públicos y de los privados de incidencia pública, con las mínimas excepciones. Éstas deben estar plenamente justificadas y ser precisas. Las excepciones no deben enunciarse de manera vaga como lo hace el artículo 113 de la ley.

interponga el recurso de revisión en materia de seguridad nacional concede al Ejecutivo un instrumento muy poderoso para anular los efectos de la ley en asuntos de trascendencia. La transparencia y el acceso a la información serán, tal vez posibles, en asuntos de poca envergadura, pero en los fundamentales para el destino de la nación dudamos que lo sean.

- 5) En materia de violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, la ley no es precisa ni contundente (artículo 5o.) y no indica que nunca ni por ningún motivo las autoridades podrán clasificar por esos motivos la información como reservada. Desde el inicio de una averiguación previa, de una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o del inicio de cualquier procedimiento, la información debiera ser pública en esos supuestos. La ambigüedad e indefinición de la norma permitirá que las autoridades escamoteen la transparencia en esta materia.
- 6) En materia de transparencia energética (artículo 83) la norma es retórica al no prever el supuesto de conflicto normativo con las leyes secundarias en materia energética. Es decir, no queda claro en caso de antinomia, si prevalecerá la ley general de transparencia o las leyes y reglamentos de las leyes en materia de energía. Nosotros pensamos que prevalecerán las disposiciones energéticas sobre las de esta ley, lo que significa que no habrá transparencia en materia energética.
- 7) Son excesivas y ambiguas las causales de reserva de información (artículo 113) y son mayores a las que estuvieron en vigor antes de la vigencia de la ley general. Además, deben tenerse en cuenta las causas de reserva y de confidencialidad contempladas en leyes especiales, en materia energética, fiscal, financiera, electoral, entre otras.
- 8) Es absurdo que las opiniones, recomendaciones o puntos de vista expresados en un procedimiento deliberativo no

concluido (artículo 113, fracción VIII) se consideren información reservada. Lo anterior es totalmente contrario al principio kantiano que señala que los actos de autoridad que no son públicos son injustos, así como opuestos a los principios de filosofía moral, por ejemplo, expresados por Aulis Aarnio, en el sentido de que en una democracia debe ser público, tanto el procedimiento, durante el mismo procedimiento, como el resultado de la decisión. El poder y la corrupción anidan en procedimientos deliberativos que no son públicos.³⁹

- 9) La prueba del daño requeriría ser más exigente para los sujetos obligados que la que se encuentra prevista en el artículo 104 de la ley. El daño para no difundir la información debiera comprobarse empíricamente por los sujetos obligados y no darse por sentado a través de una especulación.
- 10) La ley general no protege a los servidores públicos que divulgan información en contra de sus superiores o de sus pares.
- 11) La ley no estableció la obligación para que las declaraciones patrimoniales, de interés o las declaraciones fiscales de los funcionarios sean siempre públicas.
- 12) La información jurisdiccional tiene un tratamiento de excepción previsto en los artículos 194 y siguientes de la ley, pues tres ministros de la SCJN definen la transparencia en el ámbito jurisdiccional, lo que significa, al menos en esta materia, que el INAI no es la máxima autoridad en materia de transparencia y acceso a la información.
- 13) La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, responde a un esquema anti-federalista por dos razones: 1) en la aprobación de la ley no participan los congresos locales como debiera ser preceptivo en la Constitución porque no se trata de una ley general, y 2) el INAI tiene atribuciones sobre los asuntos de los que

³⁹ Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1995.

- conocen los órganos garantes de las entidades federativas, ya sea a través del recurso de inconformidad o por medio de la atracción de los recursos de revisión que debieran conocer los órganos garantes de las entidades federativas.
- 14) En materia de sanciones, artículos 206 y siguientes, no se le conceden a los órganos garantes todas las atribuciones para sancionar. La ejecución de las sanciones corresponderá a otras autoridades (artículo 207).
 - 15) La redacción del párrafo segundo del artículo 7o. de la ley es contrario a lo resuelto por la SCJN en la resolución sobre la contradicción de tesis 293/2011, en virtud de que el Estado mexicano también está obligado por las sentencias y resoluciones de los organismos supranacionales de derechos humanos, aunque éste no haya sido parte en el asunto concreto. La ley ignora los criterios jurisdiccionales de la SCJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de bloque y parámetro de constitucionalidad.
 - 16) Se hace nugatoria en el artículo 20 de la ley, la obligación de generar información, y se flexibiliza el deber de documentar todo acto que derive del ejercicio de facultades.
 - 17) En el artículo 101 no se determinan con absoluta certeza los plazos para la clasificación de información relacionada con infraestructura y estabilidad financiera.
 - 18) Se reducen las obligaciones de transparencia en materia de deuda pública y en las intervenciones de las autoridades en telecomunicaciones.

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública⁴⁰ repite las deficiencias de la Ley General, y añade algunas más, entre las que encuentro a las siguientes:

- 1) En materia de seguridad nacional y pública, se propone un tratamiento de excepción que no se rige por la Ley Federal,

⁴⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de mayo de 2016.

sino por la Ley General de Transparencia y los protocolos de seguridad y resguardo (artículo 64).

- 2) En materia de sanciones, artículos 186 y siguientes, no se le conceden al INAI todas las atribuciones para sancionar, sólo en el caso de sujetos obligados que no cuenten con la calidad de servidor público (artículo 193).
- 3) El artículo 12 de la Ley Federal incurre en el grave error de considerar que sólo la información documentada que derive de competencias legales es pública. Cuando la finalidad de la ley debiera ser que cualquier información de trascendencia pública que tenga que ver con las autoridades o con poderes fácticos es pública, independientemente de que se documente o no.
- 4) En materia de transparencia energética —artículos 68 y 73 de la ley— la información que específicamente debe ser pública no es la más relevante. Por ejemplo, no es pública la que tiene que ver con las personas físicas que son titulares o controlan las empresas energéticas privadas. Tampoco es pública la información derivada de los procedimientos de consulta a los pueblos originarios, ni las evaluaciones de impacto social de los proyectos de infraestructura.
- 5) La ley no sanciona: *a*) la comercialización de información confidencial y reservada; *b*) ni la reincidencia en la no publicación de la información.
- 6) El recurso de revisión en materia de seguridad nacional que puede presentar el consejero jurídico del gobierno federal no está regulado.
- 7) No se norma el voto particular del comisionado que disiente. Ni se establece el procedimiento para emitirlo.
- 8) Los partidos y sindicatos tienen obligación de dar información, pero no de la trascendente. Por ejemplo, en el caso de los partidos, no se consideran públicas las actas de las reuniones de sus órganos internos. Y en el caso de los sindicatos, no se estima público el ejercicio del gasto público que reciben y realizan los sindicatos.

- 9) El destino de los recursos que reciben los grupos parlamentarios de las cámaras del Congreso no está precisado como información pública.
- 10) El plazo de 18 meses que estableció el tercero transitorio de la ley para que los sujetos obligados ajusten su normatividad en la materia fue excesivo. En los hechos, esta ley se aplicará posible y cabalmente hasta el gobierno presidido por Andrés Manuel López Obrador.
- 11) Las causales de improcedencia y sobreseimiento del recurso de revisión son contrarios al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los recursos deben ser sencillos, rápidos y efectivos.
- 12) El artículo 21 de la ley es contrario al artículo 1o. de la Constitución. En la interpretación del marco jurídico las autoridades deben tomar en cuenta el bloque y el parámetro de constitucionalidad.
- 13) En general, las obligaciones específicas de transparencia de autoridades y de personas están limitadas. Lo importante en cada poder y autoridad es lo que la ley no obliga a transparentar.
- 14) La ley contribuye a la simulación y no será un instrumento efectivo para combatir la corrupción.

IV. LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHO DE RÉPLICA

El derecho de réplica está previsto en el primer párrafo del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tratados internacionales celebrados y ratificados por nuestro Estado (artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en diversos preceptos de la legislación secundaria que estuvieron en vigor (el artículo 27 de la preconstitucional Ley sobre Delitos de Imprenta y en el artículo décimo noveno transitorio de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales) y hasta en disposiciones administrativas dispersas y sin orientación.

El legislador no había dado cumplimiento a lo ordenado por el poder revisor de la Constitución, que le ordenó desde 2007 legislar en la materia para garantizar plenamente el derecho de réplica.⁴¹ En efecto, nuestro país requería de una ley reglamentaria del primer párrafo del artículo 6o. de la Constitución para dar vigencia a ese derecho y hacer posible la satisfacción de los derechos a la información, a la libertad de expresión, a la intimidad, el honor y a la buena imagen (Amparo Directo 14424/2002),⁴² además de ampliar los espacios de la participación y la deliberación de los asuntos públicos.

La ley reglamentaria sobre el derecho de réplica tardó mucho tiempo en aprobarse, fue publicada el 4 de noviembre de 2015 en el Diario Oficial de la Federación. En contra de distintas disposiciones de la misma, los partidos PRD, Morena y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, promovieron acciones de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió esas acciones el 1o. febrero de 2018 —la resolución se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de abril de 2018—. En las mencionadas acciones de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que el Congreso debía legislar nuevamente el plazo para la réplica prevista en el artículo 10 de la Ley, invalidó las fracciones IV y V del artículo 19, y eliminó porciones normativas del artículo 3o., párrafos segundo y quinto y del artículo 25 en su fracción VII. La Corte no aceptó la réplica cuando la información fuese ofensiva o cause perjuicio. A consecuencia de

⁴¹ Cárdenas Gracia, Jaime, “Comentario a propósito de la Ley Reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de réplica”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 35, julio-diciembre de 2016, pp. 291-304.

⁴² Amparo Directo 14424/2002. El Espectáculo Editorial, S.A. de C.V. y otras, 13 de enero de 2003, rubro: “Daño moral y derecho a la información” (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito), Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, marzo 2003, tesis 1.4º.C.57 C, p. 1709. En dicha resolución el Tribunal dice que resulta irrelevante que la información o manifestación sea falsa o verdadera, y que basta que se exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo para que se acredite el daño moral.

esta decisión, la ley reglamentaria sobre el derecho de réplica sufrió reformas para acatar la decisión de la Suprema Corte, las que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2018.

En una democracia y en un Estado constitucional y democrático de derecho, toda persona física, moral o grupo social tiene derecho a dar su propia versión de los hechos cuando éstos son aludidos negativamente por los medios de comunicación o agencias, pues de otra manera sólo rige y prevalece el punto de vista de los medios de comunicación y de las agencias hegemónicas y/o dominantes y no la pluralidad de puntos de vista que existe en cualquier sociedad. Requerimos en cualquier sociedad que pretenda actuar democráticamente, de una opinión pública libre y plural, que proteja los derechos de las minorías, así como los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen de las personas.⁴³ La diversidad de puntos de vista sobre la información es lo que caracteriza a una sociedad libre y bien informada, en donde el derecho a saber debe ser una realidad tangible y no una aspiración incumplida.

Los antecedentes y fundamentos jurídicos e históricos de la regulación secundaria sobre el derecho de réplica en México son los siguientes:

- 1) La reforma constitucional electoral publicada el 13 de noviembre de 2007 estableció, en el primer párrafo del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho de réplica.
- 2) En la legislación secundaria nacional, desde la Ley sobre Delitos de Imprenta, publicada el 12 de abril de 1917, se garantizaba en su artículo 27, el derecho de réplica respecto a los medios de comunicación escritos.
- 3) Las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que fueron publicadas el 14 de enero

⁴³ Ortega Gutiérrez, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 23-43.

de 2008 regularon el derecho de réplica en los párrafos tercero y cuarto del artículo 233 en el siguiente tenor:

3. Los partidos políticos, los precandidatos y candidatos podrán ejercer el derecho de réplica que establece el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución respecto de la información que presenten los medios de comunicación, cuando consideren que la misma ha deformado hechos o situaciones referentes a sus actividades. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de aquellos correspondientes a las responsabilidades o al daño moral que se ocasionen en términos de la ley que regule la materia de imprenta y de las disposiciones civiles y penales aplicables.

4. El derecho a que se refiere el párrafo anterior se ejercerá en la forma y términos que determine la ley de la materia.

- 4) En el artículo décimo transitorio de la reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicada el 14 de enero de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*, se señaló: “A más tardar el 30 de abril de 2008, el Congreso de la Unión deberá expedir la ley reglamentaria del derecho de réplica establecido en el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución”. Lo que, desde luego, no ocurrió.
- 5) La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013 estableció en su artículo tercero transitorio que en 180 días naturales el Congreso de la Unión debía regular el derecho de réplica, lo que no aconteció. El arreglo a favor de los intereses de la oligarquía era claro: pocos derechos a los ciudadanos y en contrapartida muchos derechos para los empresarios nacionales y foráneos y pocas obligaciones para ellos. La reforma de telecomunicaciones es un esquema de negocios y no un ordenamiento para garantizar derechos.

- 6) El artículo décimo noveno transitorio de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales de 2014 estableció lo siguiente:

En tanto se expida la Ley en materia de réplica, los partidos políticos, los precandidatos y los candidatos podrán ejercer el derecho de réplica que establece el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución y las leyes respectivas, respecto de la información que presenten los medios de comunicación, cuando consideren que la misma ha deformado hechos o situaciones referentes a sus actividades. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de aquellos correspondientes a las responsabilidades o al daño moral que se ocasionen en términos de la ley que regule la materia de imprenta y de las disposiciones civiles y penales aplicables. Para los efectos de esta Ley, el titular del derecho de réplica deberá agotar primeramente la instancia ante el medio de comunicación respectivo, o demostrar que lo solicitó a su favor y le fue negado. Las autoridades electorales deberán velar oportunamente por la efectividad del derecho de réplica durante los procesos electorales, y en caso de ser necesario deberá instaurar el procedimiento especial sancionador previsto en esta Ley.

- 7) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por nuestro país desde el 3 de febrero de 1981, determina en su artículo 14 lo siguiente:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

- 8) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 29 de agosto de 1986, emitió opinión consultiva mediante la que interpretó el contenido del artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ella indicó

que los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de réplica a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; que los Estados Partes deben adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias; y, que el derecho de réplica puede ejercerse a través de ley formal o, por medio de otras disposiciones, siempre y cuando, en el caso de las últimas, no se restrinja el derecho.⁴⁴

En diversos Estados europeos y latinoamericanos, el derecho de réplica se encuentra establecido, tanto en Constituciones (Constitución de Colombia, artículos 20 y 112) como en leyes o en disposiciones administrativas y, se garantiza procesalmente, mediante acciones constitucionales, civiles, penales o administrativas.

En cuanto a la ley reglamentaria del derecho de réplica inicialmente publicada el 4 de noviembre de 2015,⁴⁵ debemos señalar que proporciona cuatro definiciones jurídicas que sirven para determinar el desarrollo y alcance de la ley. Éstas son:

- *La definición de agencia de noticias.* Se entiende por tal a la empresa o institución que obtiene información, materiales

⁴⁴ Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 179-183.

⁴⁵ Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de noviembre de 2015. Después de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que conoció de las acciones de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015 promovidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, PRD y Morena sufrió reformas que fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2018.

editoriales o fotográficos, para venderlos o ponerlos a disposición de los medios de comunicación, mediante acuerdo o contrato.

- La determinación del derecho de réplica. Se define el derecho de réplica como el derecho de toda persona a que sean publicadas o difundidas las aclaraciones que resulten pertinentes, respecto de datos o informaciones transmitidas o publicadas por los sujetos obligados, relacionados con hechos que le aludan, que sean inexactos o falsos, cuya divulgación le cause un agravio ya sea político, económico, en su honor, vida privada y/o imagen.⁴⁶
- Se entiende por medio de comunicación a la persona, física o moral, que presta servicios de radiodifusión; servicios de televisión o audio restringidos, o que de manera impresa y/o electrónica difunde masivamente ideas, pensamientos, opiniones, creencias e informaciones de toda índole y que opera con sujeción a las disposiciones legales aplicables.⁴⁷
- Productor independiente es la persona, física o moral, que genera y es responsable de producir contenidos que son publicados o transmitidos por los medios de comunicación.

La ley señala que cualquier persona física o moral podrá ejercer el derecho de réplica respecto de la información inexacta o falsa que emita cualquier sujeto obligado previsto en la ley y que le cause un agravio.

Cuando el derecho de réplica se ejerce ante los sujetos obligados operados o administrados por pueblos o comunidades indígenas, el procedimiento se sigue de conformidad con las condiciones que determinen sus propias formas de organización, en tanto no contravengan los principios que establece la Constitución, la ley de réplica y las demás aplicables.

⁴⁶ Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004, p. 392.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 398.

Los partidos políticos, los precandidatos y los candidatos a puestos de elección popular, debidamente registrados ante las instancias electorales correspondientes, podrán ejercer el derecho de réplica respecto de la información inexacta o falsa que difundan los medios de comunicación en términos de lo dispuesto por la ley. En los periodos que la Constitución y la legislación electoral prevean todos los días se considerarán hábiles.

La crítica periodística será sujeta al derecho de réplica en los términos previstos en la ley, es decir, cuando se relaciona con una persona física o moral concreta y, siempre y cuando, esté sustentada en información falsa o inexacta cuya divulgación le cause un agravio a la persona que lo solicite.

Los sujetos obligados deberán contar en todo tiempo con un responsable para recibir y resolver sobre las solicitudes de réplica. Los sujetos obligados podrán contemplar como parte de su organización interna un defensor de los derechos de los lectores, radioescuchas o televidentes.

El procedimiento ante el responsable de la publicación o difusión de la información, consiste en que el aludido, su representante legal o sus herederos, presenten —decía la ley de 2015— ante el medio, agencia de noticias, productor independiente o difusor, su solicitud en un plazo no mayor de quince días hábiles contados a partir de que la información falsa o inexacta haya sido difundida. El responsable tendrá un plazo de tres días hábiles para definir la procedencia a la réplica o negarla. En todos los casos, se deben fundar y motivar las resoluciones.

El sujeto obligado podrá negarse a llevar a cabo la publicación o transmisión de la réplica, en los siguientes casos:

- 1) Cuando se trate de transmisiones en vivo y la réplica ya se haya realizado.
- 2) Cuando no se ejerza en los plazos y términos previstos en la ley.
- 3) Cuando no se limite a la aclaración de los datos o información que aludan a la persona, que sea inexacta o falsa y cuya difusión le ocasione un agravio.

- 4) Cuando la información sea ofensiva o contraria a las leyes —esta fracción fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación—.
- 5) Cuando la persona no tenga interés jurídico en la información controvertida, en los términos previstos en la ley —esta fracción fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación—.
- 6) Cuando la información previamente haya sido aclarada, siempre y cuando se le otorgue la misma relevancia que a la que dio origen.
- 7) Cuando la réplica verse sobre información oficial que en forma verbal o escrita emita cualquier servidor público y que haya sido difundida por una agencia de noticias o medio de comunicación.
- 8) Cuando la información publicada o transmitida por el medio de comunicación provenga de una agencia de noticias y se haya citado a dicha agencia.

En todos los casos anteriores, el sujeto obligado deberá justificar su decisión y notificársela a la persona solicitante, acompañando, en su caso, las pruebas que al efecto resulten pertinentes.

En la hipótesis de que el sujeto aludido no se encuentre satisfecho con la respuesta otorgada por el medio de comunicación, se regula un procedimiento judicial ante el Poder Judicial de la Federación, a través de los juzgados de distrito, con la intención de dirimir la controversia. La decisión definitiva puede ser apelada ante los tribunales unitarios, y el juicio de amparo también es procedente.

Las sanciones son pecuniarias y consisten en multas, y se podrán imponer a los sujetos obligados que no cumplan con las obligaciones previstas en la ley.

Se establecen multas mayores en los casos en que el sujeto obligado se niegue a cumplir la sentencia o lo haga fuera del plazo establecido en la sentencia.

En el ámbito electoral, las autoridades de la materia dejan de tener competencia, y los jueces de distrito conocerán de las demandas de réplica presentadas por partidos, precandidatos y candidatos, después de que éstos agoten el procedimiento ante los medios. La ley establece que los partidos políticos y candidatos podrán ejercer el derecho de réplica respecto de la información inexacta o falsa que difundan los medios de comunicación.

La interpretación y aplicación de la ley reglamentaria sobre el derecho de réplica deberá hacerse conforme a lo establecido en: los principios constitucionales; los tratados internacionales en materia de derechos humanos, celebrados y ratificados por nuestro país; las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque nuestro Estado no haya sido parte; así como en otras leyes o disposiciones que maximicen el ejercicio del derecho de réplica. Lo anterior en plena concordancia con el vigente artículo 1o. de la Constitución y tomando en cuenta las categorías de bloque de constitucionalidad y de convencionalidad y las de parámetro de constitucionalidad y/o convencionalidad.⁴⁸

Sostengo que el derecho de réplica debe ser ejercido, tanto por personas físicas, morales, o grupos sociales. Los grupos sociales, sin personalidad jurídica, deben contar con legitimación para proteger su derecho de réplica cuando son discriminados, es decir, afectado el derecho a la información y los demás derechos relacionados con la réplica.

En el derecho de réplica es indebido —porque se anula el derecho— que se exija para su procedencia un interés jurídico, desde nuestro punto de vista bastaría probar un interés legítimo y hasta difuso, cuando se trata de grupos sociales sin personalidad jurídica. Se afirma lo expuesto para que este ordenamiento

⁴⁸ Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, t. IV, vol. 1, México, UNAM, 2015, pp. 117-168.

sea consecuente con las reformas en materia de amparo —constitucionales y legales— que ya han admitido el interés legítimo.

La carga de la prueba en los diversos procedimientos de garantía del derecho de réplica debe recaer en los medios de comunicación, agencias y productores independientes, y no en los gobernados, porque son los medios los que cuentan con la información, opiniones y puntos de vista que han sido difundidos y que resultan agraviantes para las personas. No obstante, la ley reglamentaria establece obligaciones de carga de la prueba a los ciudadanos.

El derecho de réplica debe hacerse valer ante el medio de comunicación o la agencia, en plazos razonables y no en plazos excesivamente cortos como son los que determina la ley. Esto con la finalidad de que el derecho de réplica no sea limitado.

La vía judicial para el ejercicio y garantía del derecho de réplica debe ser expedita y sumaria para que no se menoscabe la oportunidad en el ejercicio del derecho. Por eso, soy de la opinión, a diferencia de la ley, de una sola instancia judicial y de que exista, contra las decisiones del tribunal competente de única instancia, un recurso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el que será admisible, sólo si se impugna la inconstitucionalidad de la ley o de algún tratado. En el procedimiento oral y sumario de única instancia, no debe haber el desahogo de recurso alguno ni la resolución de incidentes de previo y especial pronunciamiento.

Sería muy importante que el tribunal competente, como medida cautelar, al admitir la demanda de la persona afectada, ordenara al medio de comunicación, agencia o productor independiente, que difundan públicamente el nombre de la persona que ha promovido en su contra demanda para exigir el derecho de réplica, así como la información que sea motivo de la reclamación.

Desde luego que la réplica, esa es mi posición, no debe ser confundida con un simple derecho de rectificación por hechos inexactos, y debe proceder contra cualquier información, opi-

nión o punto de vista, que el ciudadano, persona moral o grupo social, considere agravante y que haya sido vertido en los medios de difusión.

Procesalmente, el derecho de réplica no debe garantizarse a través de un procedimiento administrativo que se desahogue por la Secretaría de Gobernación o por cualquier otra dependencia, como tampoco debe protegerse a través de un procedimiento judicial tortuoso, poco ágil y práctico, que seguramente hará nugatorio el derecho de réplica, tal como se regula en la ley aprobada.

El procedimiento administrativo se rechaza porque el solicitante de réplica promueve un litigio en contra de los medios y no un procedimiento administrativo, y porque los medios de comunicación, agencias y productores independientes, no son parte de la administración pública federal. Además, la autoridad administrativa no es la más indicada en México para proteger los derechos fundamentales, en tanto que su finalidad es realizar acciones dirigidas al bienestar común de la sociedad.

En materia electoral, la autoridad competente y el procedimiento deben estar a cargo de las autoridades y tribunales electorales para no privarlas de sus competencias constitucionales y legales. La réplica en materia electoral debe comprender la información, opiniones o comentarios que se realizan durante los procesos electorales por partidos, candidatos y ciudadanos.

Proteger los derechos individuales y colectivos es competencia de los tribunales; sin embargo, nos oponemos a la aplicación del juicio de amparo porque el derecho de réplica se quedaría, por el transcurso del tiempo que se requiere en este tipo de procesos, y por los laberintos procesales existentes en él, sin posibilidad de hacerse cumplir satisfactoriamente. En este sentido, es preferible que el conocimiento de las demandas en contra de los medios, agencias y productores independientes, para reclamar el derecho de réplica, esté a cargo de un tribunal federal de única instancia y que durante el procedimiento se prescinda de la aplicación de la Ley de Amparo.

En cuanto a las sanciones, además de contemplarse la revocación de la concesión o la autorización para las faltas más graves, sería conveniente graduar las sanciones tomando en cuenta la trascendencia y la capacidad de audiencia de cada medio de comunicación.⁴⁹

Mis críticas a la ley reglamentaria del derecho de réplica después de la resolución de la Suprema Corte que conoció de las acciones de inconstitucionalidad y que fue reformada por el Congreso y publicadas sus modificaciones el 30 de mayo de 2018 en el Diario Oficial de la Federación, son las siguientes:

- 1) El artículo 2o., fracción II, limita el alcance del derecho humano de réplica. Establece que ese derecho sólo es respecto a hechos inexactos y/o falsos. No se contempla la complejidad de la réplica que puede implicar: 1) rectificaciones de hechos inexactos o falsos; 2) aclaraciones de puntos de vista y opiniones que resulten “agravantes”, y 3) respuestas de diverso tipo que las personas pueden hacer a los medios respecto a informaciones “agravantes”. La ley regula un derecho de rectificación pero no uno de réplica, pues deja fuera a las opiniones y restringe en otros preceptos (artículo 5o.), la réplica contra la crítica periodística —sólo las personas físicas y morales pueden promoverla en ese caso, excluyendo a colectivos sin personalidad jurídica—. La norma es violatoria del artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que extiende la

⁴⁹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación —1o. de febrero de 2018, la resolución se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de abril de 2018— se pronunció sobre la Ley reglamentaria del derecho de réplica al resolver las acciones de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015. La Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que el Congreso debe legislar nuevamente el plazo para la réplica prevista en el artículo 10 de la Ley, invalidó las fracciones IV y V del artículo 19, y eliminó porciones normativas del artículo 3o., párrafos segundo y quinto y del artículo 25 en su fracción VII. La Corte no aceptó la réplica cuando la información fuese ofensiva o cause perjuicio.

réplica a supuestos que van más allá de hechos inexactos o falsos —contra toda información “agraviante” y también respecto a la información cinematográfica—. Además, la disposición violenta el derecho de las audiencias previsto en el artículo 6.B, fracción VI, de la Constitución porque los derechos humanos son interdependientes y el derecho al honor o a la intimidad de las personas que es protegido por la réplica, está también vinculado a todos los derechos que tienen relación con la libertad de expresión y el derecho a la información.

- 2) El artículo 3o. no establece la legitimación legítima ni difusa en materia de réplica. Se deja fuera a los grupos sociales que no estén constituidos legalmente y no cuenten con un representante legal. Es decir, los grupos sociales, las ONG, podrían quedar sin protección. Violenta esta disposición el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución, porque no maximiza el derecho, no es una disposición que garantice el derecho de réplica de manera *pro homine*. También vulnera el derecho de las audiencias contemplado en el artículo 6.B, fracción VI, de la Constitución porque una parte de éstas quedan excluidas de este derecho fundamental. Al resolver las acciones de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la réplica debía ser ejercida por la persona afectada, pero en materia electoral también podía plantearse por otros sujetos legitimados según el derecho electoral.
- 3) El artículo 5o., que se refiere a la crítica periodística, no permite el derecho a la réplica cuando ésta no tiene que ver con una persona física o moral. De esta suerte, las cuestiones generales que tengan que ver con colectivos sociales, económicos, religiosos o ideológicos, quedan fuera de la protección de la réplica. Lo anterior entraña una violación al párrafo quinto artículo 1o. de la Constitución que prohíbe la discriminación y que garantiza la dignidad humana.

- Igualmente, se violenta el derecho de las audiencias por las exclusiones legislativas de la norma infraconstitucional.
- 4) El artículo 10 prevé un plazo de 15 días hábiles para presentar la solicitud de réplica ante el medio de comunicación —debiera ser un plazo más amplio, por ejemplo, 60 días hábiles constituyen un plazo razonable—. Si no se hace la solicitud de réplica en ese plazo, el derecho precluye, es decir, no se podrá ejercer posteriormente. Se trata de un plazo muy corto que hace nugatorio el derecho. Por otra parte, no se prevé el supuesto de personas que se enteren mucho tiempo después de la información motivo de la réplica. El plazo de cinco días que se preveía inicialmente en la ley de 2015, a consecuencia de la resolución de inconstitucionalidad, se amplió a quince días hábiles.
 - 5) El artículo 10 establece requisitos excesivos para el solicitante de réplica. Esta norma significa una afectación directa a la réplica. La solicitud de réplica al medio de comunicación no debe implicar la exigencia de ningún requisito, tanto por razones jurídicas como materiales. Jurídicas, porque en la réplica, los derechos son de los ciudadanos que la promueven, y las obligaciones, entre ellas, la carga de la prueba, recaen en el medio de comunicación. Materiales, porque el que cuenta con las pruebas y las tiene directamente a su alcance es el propio medio de comunicación. La abundancia de requisitos restringe la garantía del derecho. Además, la norma no facilita la solicitud de réplica a través de vías como la Internet.
 - 6) Los artículos 11 y 12 establecen plazos de tres días hábiles para que el medio resuelva y notifique al solicitante. La ley no obliga a los medios a fundar y motivar sus resoluciones y los plazos son muy amplios. Los plazos debieran ser de máximo de 24 horas, en cada caso, para no hacer nugatorio el derecho. Las normas olvidan la importancia de la premura con que la réplica debe ser publicada o difundida.

Una réplica extemporánea limita el alcance protector del derecho y, en algunos casos, lo puede hacer nugatorio.

7) El artículo 19 prevé las diversas causas de negativa que pueden esgrimir los medios de comunicación para rechazar la réplica de los ciudadanos. Son excesivos:

- La fracción I constituye un absurdo lógico porque la réplica es un derecho del ciudadano y no del medio. El que tiene que estar o no satisfecho con la información o con la réplica a la información u opinión concreta, es el ciudadano y no el medio.
- La fracción II señala que el derecho a promover la réplica precluye en plazos muy cortos (15 días), lo que constituye una limitación fuerte al ejercicio del derecho de réplica.
- La fracción III determina que la réplica se niega si se trata de opiniones o de crítica periodística. La norma limita el universo de las materias que son susceptibles de la réplica.
- La fracción IV permitía al medio negar la réplica si éste la estima ofensiva o contraria a la ley. La orientación de la ley parecía proteger a los medios sobre el derecho fundamental de las personas. Este precepto fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver las acciones de inconstitucionalidad.
- La fracción V facultaba al medio a negar la réplica, si el solicitante no tiene interés jurídico. Es decir, el interés legítimo y el difuso, no se contemplaban. Esta fracción fue invalidada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero es obvio que los intereses difusos o simples no están protegidos.
- La fracción VI constituye un absurdo lógico porque la réplica es un derecho de las personas y no de los medios. El que tiene que estar o no satisfecho con la

información o la réplica a ella, es el ciudadano y no el medio.

- La fracción VII indica que la réplica no procede contra la información oficial, lo que es una forma de proteger la impunidad, corrupción y simulación de los gobernantes.
 - La fracción VIII precisa que no hay obligación solidaria, entre las agencias de noticias y los medios, pues el medio puede indicarle al solicitante que sólo repitió la información de la agencia de noticias, y al hacerlo, deja de tener responsabilidad frente a él.
- 8) El artículo 21 regula un procedimiento judicial federal de doble instancia. En caso de que el medio le niegue al solicitante la réplica o no la satisfaga adecuadamente, el afectado deberá acudir ante un juez de distrito. Lo anterior significa que, una vez que el juez de distrito resuelva, un Tribunal Unitario podrá conocer de la apelación y en contra de la apelación siempre procederá el juicio de amparo. El procedimiento debiera ser de una sola instancia ante un Tribunal Unitario y sin derecho a recurso ordinario alguno como consta en algunas iniciativas a las que se alude en el dictamen que dio origen a la ley del 4 de noviembre de 2015. En todo caso, contra la resolución del tribunal de única instancia que propongo, podría caber un recurso constitucional expedito, diferente al amparo, ante la Segunda Sala de la SCJN. De otra suerte, y como se propone en el dictamen, se está protegiendo a los medios con la simple duración del procedimiento de doble instancia más la duración en el desahogo del juicio de amparo.
- 9) El artículo 24 establece que al solicitante que se le niegue la réplica, tiene un plazo de cinco días hábiles, después de la notificación del medio, para acudir al juez de distrito. Es un plazo muy corto que hace nugatorio el derecho. Ese plazo debiera extenderse más.

- 10) El artículo 28 no contempla en materia de prueba lo siguiente: 1) que la carga de la prueba esté a cargo de los medios y no de las personas que ejercen el derecho; 2) que existan poderes probatorios de oficio en el juez de distrito, y que 3) las medidas para mejor proveer se incluyan. Lo anterior lo señalo con fundamento en las obligaciones de los medios que se generan a consecuencia del derecho humano de réplica, y según lo dispuesto en los artículos 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles.
- 11) El artículo 30 le da al medio un plazo de cuatro días para contestar después del emplazamiento del juez de distrito, es un plazo largo que favorece al medio. La contestación debe realizarse en un plazo de tres días después del emplazamiento.
- 12) El artículo 35 regula la apelación ante el Tribunal Unitario, situación que prolongará, junto con los juicios de amparo, los procedimientos *sine die*.
- 13) El artículo 36 les concede a los medios tres días hábiles después de la resolución definitiva, para publicar la réplica. Es un plazo que favorece a los medios. La publicación debe hacerse inmediatamente o al día siguiente.
- 14) Los artículos 38, 39 y 40, contemplan sanciones pecuniarias a los medios que no acaten las resoluciones en materia de réplica. Como sanción para los medios nunca se prevé la revocación de las concesiones o de las autorizaciones. Tampoco se gradúan las sanciones tomando en cuenta la importancia o influencia de cada medio de comunicación.
- 15) En síntesis es una ley que tiene las siguientes deficiencias: 1) favorece a los medios y no a los gobernados, éstos tienen que litigar en condiciones de desigualdad económica y poder en contra de medios de comunicación que son auténticos poderes fácticos; 2) restringe el alcance protector del derecho de réplica y en realidad se regula una rectificación;⁵⁰

⁵⁰ Rosas Martínez, Alejandro, “¿Derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica?”, *Derecho Comparado de la Información*, México, julio-

3) contempla un procedimiento judicial farragoso que hace nugatorio el derecho; 4) priva a las autoridades electorales para conocer de la réplica en materia electoral; 5) determina la carga de la prueba en el titular del derecho; 6) faculta a los medios a negar las réplicas con cualquier pretexto (artículo 19); 7) no garantiza el derecho de réplica de los colectivos que no están constituidos jurídicamente, y 8) las sanciones a los medios implican multas, jamás se contempla la revocación de una concesión o de una autorización, ni se gradúan las sanciones en función de la trascendencia o importancia de los medios.

V. LA DISPUTA POR EL DERECHO DE LAS AUDIENCIAS

La minoría de senadores de la LXIII Legislatura —47 *senadores integrantes del PAN, PRD y PT*— promovieron en noviembre de 2017 una acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, específicamente las fracciones LIX y LXI del artículo 15; las fracciones II y IV del artículo 216; las fracciones II, IV y X, así como el párrafo segundo del artículo 256; el segundo, tercero y quinto párrafos del artículo 259; el primer párrafo del artículo 260; el tercero y quinto párrafos del artículo 261; el quinto párrafo del artículo 297, y la denominación del capítulo IV del título décimo quinto para quedar como “sanciones en materia de transmisión de mensajes comerciales y derechos de las audiencias”; las adiciones de un tercero y cuarto párrafos al artículo 256, y que derogan la fracción III del artículo 256 y la fracción II del inciso c) del artículo 311 de esa ley.⁵¹

diciembre de 2011, pp. 67-103.

⁵¹ El Decreto fue publicado el 31 de octubre de 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*.

El acto reclamado motivo de la acción de inconstitucionalidad de noviembre de 2017 fue la aprobación por el Pleno del Senado —con 73 votos a favor, 13 en contra y tres abstenciones— de las reformas mencionadas en el párrafo anterior a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, porque a juicio de la minoría senatorial menoscaban los derechos de las audiencias reconocidos constitucionalmente en 2013 y normados en 2014 en la ley. Previamente a esta acción de inconstitucionalidad —el 31 de enero de 2017— el entonces presidente del Senado Pablo Escudero, a solicitud de las bancadas del PRI y PRD, había promovido una controversia constitucional en contra de los Lineamientos Generales sobre la Defensa de los Derechos de las Audiencias que fueron autorizados por el Instituto Federal de Telecomunicaciones —lo mismo hizo el titular del Ejecutivo Federal— por considerar que esos lineamientos podrían ser violatorios de la libertad de expresión y porque se estimaba que invadían competencias del Poder Ejecutivo.

En la demanda de acción de inconstitucionalidad de noviembre de 2017, la minoría senatorial estimó violados los derechos reconocidos en los párrafos primero, segundo, tercero y quinto del artículo 1o. constitucional, además de los artículos 2o. y 3o. de la carta magna, el apartado B del artículo 6o. y el artículo 28 de nuestro ordenamiento fundamental, en relación con los derechos de las audiencias.⁵² Igualmente, se consideró infringido el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que sobre esa norma han realizado los órganos interamericanos de protección de derechos humanos.

Entre los conceptos de invalidez se sostuvo que de forma apresurada, violando el reglamento del Senado, y sin esperar a que Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera las controversias constitucionales interpuestas por el Ejecutivo Federal y por el entonces presidente del Senado, Pablo Escudero, en contra de los Lineamientos Generales sobre la Defensa de los Derechos de las Audiencias autorizados por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, el Pleno del Senado haya aprobado, con

⁵² Tron, Jean Claude *et al.*, “Derecho de las audiencias”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, núm. 3, julio-diciembre 2016, pp. 323-378.

73 votos a favor, 13 en contra y tres abstenciones reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión que atentan contra los derechos de las audiencias reconocidos constitucionalmente en 2013 y regulados en 2104.

La acción de inconstitucionalidad del Senado argumenta que el Decreto impugnado limita las facultades de supervisión y sanción del Instituto Federal de Telecomunicaciones en relación con las normas vigentes previas —es regresivo, no progresivo, contrario al principio *pro persona*— y debilita sustantivamente la figura de Defensoría de las Audiencias porque confiere su naturaleza y alcance jurídico a los entes regulados.

Nosotros pensamos que las modificaciones impugnadas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión implican la eliminación de derechos de las audiencias y debilitamiento de los mecanismos establecidos para su protección y garantía. Derechos que constituyen un avance en beneficio de la ciudadanía, como el que se le proporcionen elementos estandarizados para diferenciar publicidad de información. Los cambios son regresivos, contrarios a la progresividad de los derechos humanos y del principio *pro persona*.

En la impugnación se estima falaz el argumento que afirma que las modificaciones tienen el objetivo de proteger la libertad de expresión. Los derechos de las audiencias no sólo no se contraponen a la libertad de expresión, son una vertiente del derecho a la información. Al defender los derechos de las audiencias se defiende la dimensión social de la libertad de expresión como han señalado los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos.

Las modificaciones legales implican el paso de un modelo corregulatorio a uno autorregulatorio. El primero implica un piso mínimo de obligaciones para el regulado y una autoridad garante —el Instituto Federal de Telecomunicaciones—. Pasar de ese modelo a uno autorregulatorio y discrecional, se traduce prácticamente en un régimen de excepción, en el cual los regulados crean el instrumento regulatorio (códigos de ética), definen

su implementación, aplicación e incluso deciden sobre la rendición de cuentas. Convirtiéndolos en juez y parte.

La figura de la Defensoría de las Audiencias se debilita con la reforma, pues no se garantiza que se ajuste a criterios de imparcialidad e independencia. Lo anterior porque: 1) los concesionarios elegirían libremente al defensor de sus audiencias, sin que sea posible establecer requisitos que eliminen conflicto de interés; 2) las defensorías se registrarán exclusivamente por lo dispuesto en los códigos de ética expedidos libremente por los concesionarios. Sobre los códigos de ética el Instituto Federal de Telecomunicaciones no podrá ni siquiera emitir una opinión, mucho menos objetarlos, y 3) los titulares de las defensorías de las audiencias ya no rendirían informes ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones y éste ya no podría sancionar por incumplimiento lo establecido en los Lineamientos sobre la Defensa de las Audiencias.

A pesar de que la OCDE en el estudio sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México de 2017, se pronunció por reforzar la función y competencias del Instituto Federal de Telecomunicaciones en el ámbito de los derechos de las audiencias como parte de su misión general de regulador convergente, el congreso mexicano ha decidido, en contra de las mejores prácticas, dejar en manos del ejecutivo la supervisión de contenidos.

La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión en 2013 pretendió establecer protección y garantía en áreas torales vinculadas al derecho a la información, disposiciones que implican protección a la libertad de expresión, esa libertad que no es propiedad de concesionarios de uso comercial, que es un derecho de todas y todos, y que tiene una dimensión social que consiste en nuestro derecho a conocer diversas perspectivas, a no ser discriminados y que se nos represente de manera digna.

Nuestro régimen constitucional es garantista de los derechos fundamentales (incluido el derecho a la información), los cuales deben ser ensanchados, protegidos, promovidos y garantizados a través de políticas públicas democráticas. En ese sentido, las re-

formas aprobadas son violatorias del artículo 1o. constitucional, del principio de progresividad, que indica que una vez que se ha avanzado en la efectividad de un derecho, el Estado no puede retroceder, así como del principio de protección que obliga al Estado a establecer los mecanismos para impedir que particulares violen los derechos de terceros, que en este caso son los concesionarios frente a las audiencias.

Asimismo, dice la impugnación de noviembre de 2017, que el marco jurídico nacional reconoce al Estado como regulador del servicio público de radiodifusión, del cual se desprenden los derechos de las audiencias, reconocidos en la carta magna y en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión antes de que las cámaras de Diputados y de Senadores —esta última de manera tramposa— le dieran la espalda a millones de radioescuchas y televidentes que, entre otros, tienen derecho a recibir información veraz y objetiva.

Entre otros retrocesos del decreto de ley aprobado e impugnado, se encuentra la violación al artículo 6o. constitucional de prohibir la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa. Los legisladores que aprobaron las reformas legales también desmantelaron las facultades del Instituto Federal de Telecomunicaciones para regular, emitir lineamientos y aplicar sanciones a los concesionarios que transgredan algunos de los derechos de las audiencias.

El decreto de ley impugnado desnaturalizó la función social de los defensores de las audiencias al convertirlos en empleados de las empresas de radio y televisión, coartándoles su independencia. También alteró los objetivos de los códigos de ética de los medios, los cuales no podrán ser verificados por el regulador.

Los legisladores de la mayoría que aprobaron la reforma colocaron por encima de los derechos de las audiencias (incluidas personas con discapacidad, niñas y niños) los intereses económicos y políticos de los concesionarios de la radio y la televisión.

Al aprobar el decreto impugnado, el Congreso de la Unión creó un régimen de excepción para la industria de la radiodi-

fusión, según el cual la tutela de los derechos de las audiencias queda debilitada, y su transgresión sin la posibilidad de ser sancionada. Un derecho fundamental como el de las audiencias —que deriva del derecho a la información— queda desprotegido contraviniendo el principio de progresividad de los derechos humanos, lo cual es inconstitucional.

Las audiencias, que somos todos los millones de mexicanos que sintonizamos la radio y la televisión en México, tenemos interés jurídico y legítimo en contra de un decreto de ley que atenta contra nuestros derechos y deteriora la de por sí incipiente calidad de la democracia en nuestro país.

En síntesis, la impugnación sostiene que: 1) se viola el artículo 1o. de la Constitución porque la reforma de ley impugnada no cumple con el principio de progresividad en el derecho de las audiencias —la reforma es regresiva—; 2) se transgrede la obligación del Estado de proteger en primera instancia los derechos humanos y no los particulares; 3) se menoscaba el apartado B del artículo 6o. constitucional que confiere al Instituto Federal de Telecomunicaciones las facultades para garantizar el derecho de las audiencias; 4) también se transgrede el párrafo décimo quinto del artículo 28 de la Constitución que determina las competencias del Instituto Federal de Telecomunicaciones en función de la salvaguarda de los derechos reconocidos en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución al conferir parte de esas atribuciones a los concesionarios; 5) se vulnera el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque la regulación del derecho de las audiencias quedará determinada por los concesionarios a través de códigos de conducta y no por medio de una ley en sentido formal y material, y porque las limitaciones a los derechos de las audiencias que establece el decreto de ley no son necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines que se buscan, no son proporcionales ni idóneas; 6) la Cámara de Senadores jamás realizó un test de proporcionalidad entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos de las audiencias.

La violación al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que forma parte de nuestro bloque y parámetro de constitucionalidad, es muy grave. La regulación y limitaciones de un derecho fundamental, como es el derecho de las audiencias, no debe realizarse en códigos de ética que aprobarán los mismos concesionarios, sin posibilidad de objeción o rechazo por parte de la autoridad reguladora. El decreto de ley impugnado trastoca lo que señala la citada norma según la interpretación de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las limitaciones sólo pueden ser definidas en forma precisa y clara a través de una ley formal y material.

El Senado jamás realizó un test de proporcionalidad. Este es hoy en día un método obligatorio para ponderar derechos —libertad de expresión *versus* derechos de las audiencias—.

Las razones de la importancia del principio de proporcionalidad obedecen al entendimiento contemporáneo de las Constituciones. Éstas contienen principalmente principios que garantizan bienes y valores jurídicos diversos que en los casos concretos suelen estar en colisión. Las Constituciones son dúctiles y flexibles, representan los proyectos de las sociedades pluralistas, abiertas y heterogéneas. De esta suerte, las Constituciones no responden a un solo modelo o proyecto, sino a proyectos políticos, económicos y sociales contrapuestos. El carácter potencialmente conflictivo de la Constitución contemporánea obliga a los operadores jurídicos de la Constitución, incluyendo al legislador, a emplear métodos que permitan en las situaciones concretas conciliar y armonizar los principios y valores opuestos que contienen.

Una característica adicional de las Constituciones contemporáneas es que éstas no suelen jerarquizar principios y derechos de manera absoluta, porque si esto se hiciera así, significaría que una visión o proyecto sobre la realidad se impone jurídicamente a los demás. Las sociedades democráticas se distinguen por su carácter abierto y tolerante, y en ellas no cabe la entronización definitiva o permanente de un grupo de principios constitucionales sobre y a costa de los demás.

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas, pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad, razonabilidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales. Sirve para determinar decisiones racionales y razonables que no aspiran a ser la única respuesta correcta, pero sí una que esté justificada y que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas. Es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar la Constitución.

Nuestro principio es un método interpretativo para solucionar conflictos entre principios constitucionales y convencionales, principalmente para resolver conflictos o colisiones entre derechos fundamentales, o conflictos entre derechos fundamentales y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional y/o convencional. A este método o regla interpretativa, se le denomina, por algunos, juicio de ponderación cuando le dan una connotación estricta. Otros, por su formación anglosajona, prefieren hablar de razonabilidad o de *balancing*. También podemos encontrar quién haga coincidir el principio de proporcionalidad con la interpretación armónica o la interpretación conforme.

Debemos señalar que el principio de proporcionalidad fue desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina jurídica alemana después de la Segunda Guerra Mundial —con influencia del derecho anglosajón— y, posteriormente, ese método de interpretación constitucional se ha ido incorporando en la jurisprudencia y doctrina de países europeos continentales y latinoamericanos, al igual que en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales que tutelan derechos fundamentales.

Teóricamente, como dice Pavel Höllander, el principio de proporcionalidad enlazó la teoría de los principios de Dworkin —y nosotros agregamos de Esser— con la teoría de los derechos fundamentales y de la argumentación de Alexy, pues para éste, los principios están definidos por su capacidad de ponderación en colisión y por su carácter aproximativo y no absoluto. La tesis

de Alexy implica en términos generales lo siguiente: los principios son normas que no se distinguen por su vigencia absoluta, sino aproximativa; el objeto de los principios son tanto los derechos y las libertades fundamentales como los bienes jurídicos colectivos; el carácter de principio es reconocible por su colisión con otro principio y su calidad de ser cumplido en distinto grado; la colisión entre principios es solucionada mediante el método de principio de proporcionalidad, y los principios son mandatos de optimización que se realizan en la mayor medida posible.⁵³

En México, el principio de proporcionalidad se introdujo judicialmente y de manera expresa —antes se había empleado implícitamente— a partir de la resolución SUP-RAP 50/2001, que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso de *Amigos de Fox*. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aplicado este principio en muchas de sus resoluciones.

Robert Alexy es el teórico que doctrinalmente ha desarrollado y divulgado este principio, principalmente en su “Teoría de

⁵³ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 66, 2002; Arango, Rodolfo, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura et al. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011; Bernal Pulido, Carlos, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España?”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011; Cianciardo, Juan, “Argumentación e interpretación jerárquica de los derechos”, *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012; García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice”, *Berbiqú*, núm. 30, 2005; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998; Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*, Madrid, Trotta, 1999, y Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

los derechos fundamentales”. En el mundo de habla castellana existen un buen número de trabajos sobre el principio de proporcionalidad y, entre ellos, destaca el de Carlos Bernal Pulido. En nuestro país, en los últimos años, distintas y numerosas obras hacen estudios sobre este principio o método de interpretación constitucional.

¿En qué consiste el principio de proporcionalidad? En ser un método para interpretar y argumentar principios constitucionales cuando ante situaciones jurídicas se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer. *Lato sensu*, comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es obvio que, en *stricto sensu*, sólo atendemos al tercero de los subprincipios. Cuando la teoría jurídica y la jurisprudencia aluden al principio de proporcionalidad lo hacen *lato sensu*, y cuando se refieren al tercer subprincipio indican que es en estricto sentido.

Robert Alexy dice que los tres subprincipios expresan la idea de optimización, significa que interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no como reglas. Los principios son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas.

Los tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad en un sentido lato pueden analizarse en abstracto y en concreto cuando se trata de afectaciones en los derechos fundamentales por acción o por omisión de las autoridades. Casi siempre se suele explicar el principio de proporcionalidad por las intervenciones de las autoridades que afectan derechos fundamentales por sus acciones y muy poco por las omisiones e in-

suficiencias de las autoridades en la protección o garantía de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la afectación mediante acciones de la autoridad, definimos así los tres subprincipios: 1) el de idoneidad entraña que toda intervención legislativa o de autoridad sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; 2) el de necesidad significa que la intervención sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser la más benigna —la que le afecte menos— de entre todas las posibles medidas de intervención, y 3) el de proporcionalidad, en estricto sentido o ley de ponderación, precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho fundamental o principio, es decir, debe ser de tanto peso o trascendencia esa intervención para satisfacer otros derechos o principios, que la afectación o insatisfacción al derecho fundamental quede compensada por la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental o principio satisfecho.

Desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales mediante omisiones o acciones insuficientes de la autoridad, podemos definir así los tres subprincipios: 1) el de idoneidad nos dirá que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad en la protección o garantía de los derechos fundamentales es correcta si contribuye a la obtención de algún otro fin constitucionalmente legítimo; 2) el de necesidad entraña que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad es correcta si produce consecuencias más benignas que su intervención activa, y 3) el de proporcionalidad en sentido estricto debe implicar que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad que afecta derechos fundamentales —para que sea correcta— quede compensada por la importancia que éstas tienen para la satisfacción de otro u otros derechos fundamentales o principios satisfechos.

Es el caso que en la “deliberación” del Senado para aprobar el decreto de ley impugnado, el test de proporcionalidad estuvo

ausente en violación al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación jurídica que los órganos interamericanos de derechos humanos de él han realizado.

La reforma aprobada es regresiva porque:

Las audiencias ven acotados sus derechos debido a que el artículo 256, fracción III —se deroga—, se mutila y queda eliminado de la ley el mandato de que el servicio público de radiodifusión deba prestarse en condiciones de competencia y calidad y de que a través de sus transmisiones brinde los beneficios de la cultura, preservando la pluralidad y la veracidad de la información, además de fomentar los valores de la identidad nacional, con el propósito de contribuir a la satisfacción de los fines establecidos en el artículo tercero de la Constitución.

Al derogar la mención de que el servicio público de radiodifusión se preste en condiciones de competencia y calidad (como señala la fracción III apartado B del artículo 6o. constitucional y como indicaba el anterior artículo 256 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión), se abre la puerta para que los agentes económicos preponderantes en radiodifusión y telecomunicaciones intenten limitar las atribuciones del regulador en temas de competencia y calidad, lo cual tendrá consecuencias para usuarios y audiencias

La mutilación del artículo 256 es especialmente atentatoria contra los pueblos originarios y las poblaciones históricamente vulneradas, pues el principio de pluralidad se ve afectado, además de que abre la posibilidad a modificaciones posteriores relacionadas con obligaciones regulatorias del Instituto Federal de Telecomunicaciones para fomentar la competencia y evitar la concentración y los monopolios.

Los cambios en el artículo 256 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión dejan a voluntad de los concesionarios aportar elementos para distinguir con claridad la información noticiosa de la opinión de quien la presenta. Este derecho, que constituye un precepto ético, protege a las audiencias al proporcionarles elementos para valorar adecuadamente

los mensajes que reciben, al tiempo que mejora la práctica periodística, evitando que los sesgos y subjetividad del presentador de las noticias modifique el sentido de información noticiosa verificada e investigada con un criterio de imparcialidad.

Se elimina la obligación de los concesionarios de aportar elementos para distinguir la publicidad de la información. Con las modificaciones, el mandato constitucional de no hacer pasar publicidad por información (artículo 6o., apartado B, fracción IV) queda constreñido a la programación informativa (y solo cuando se trate de un análisis o comentario editorial), con lo cual las audiencias quedan desprotegidas cuando se trata de programas diversos, como revistas matutinas o emisiones de espectáculos en las cuales se suelen vender entrevistas a políticos o supuestos especialistas que recomiendan un determinado producto, sin que al público se le aclare que se trata de un segmento pagado. Esta eliminación permite que libremente los concesionarios pongan a la venta entrevistas o propaganda encubierta que se muestra a las audiencias como información periodística y que deja jugosas ganancias comerciales en tiempos electorales, o para desviar la opinión de determinados temas que no convienen a los gobiernos, además de que permite el engaño de presentar como información noticiosa publicidad comercial como productos para salud, entre otros, que engañan a las audiencias y pueden tener afectaciones a otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la salud.

Se eliminan como derechos de las audiencias todos los que se derivan de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y no están incluidos expresamente en el artículo 256, con lo cual quedarían sin efecto, por ejemplo, las líneas de acción establecidas para que los contenidos respeten el interés superior de la niñez, la no discriminación o la equidad de género.

Se eliminan atribuciones de supervisión, vigilancia y sanción del Instituto Federal de Telecomunicaciones, pues:

- Se deroga la atribución de determinar suspensión precautoria de transmisiones (artículo 15, fracción LXI), en el

caso de programas noticiosos.

- Al conculcarle estas atribuciones al Instituto Federal de Telecomunicaciones, en la práctica se deja en manos del Ejecutivo Federal la facultad de reglamentar en la materia bajo criterios del gobierno en turno y de manera discrecional, cuando el avance constitucional y legal consistió en que dicha reglamentación fuera facultad de un órgano autónomo colegiado, tal como lo establecen estándares internacionales en la materia.
- Se deja a la voluntad de los concesionarios de radiodifusión garantizar los derechos de las audiencias bajo la figura de la autorregulación (artículo 256, fracción X, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión reformada), cuando por décadas se ha demostrado en el país que en esta materia ha resultado nula, precisamente por ello se subsanó esta falencia con la reforma legal.

La figura de la Defensoría de las Audiencias se debilita (artículos 256, 259, 260 y 261 de la ley que fue impugnada) pues ya no se mandata a que se ajuste a criterios de imparcialidad e independencia:

- Los concesionarios elegirían libremente al defensor de sus audiencias, sin que sea posible establecer requisitos que eliminen conflicto de interés.
- Las defensorías se registrarán exclusivamente por lo dispuesto en los códigos de ética expedidos libremente por los concesionarios.
- Los titulares de las defensorías ya no rendirían informes ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones, y éste ya no podría sancionar por incumplimiento a lo establecido en los Lineamientos sobre Defensa de las Audiencias.

Ante lo expuesto y la gravedad que implica una modificación a la ley sin consultas públicas y sin esperar las resoluciones de

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ante la cual fueron interpuestas controversias constitucionales en materia de derechos de las audiencias, tanto por el Senado como por el Ejecutivo Federal, existe una profunda preocupación de la sociedad, ya que por un lado se evade el control constitucional del Poder Judicial como contrapeso necesario en una democracia, y, por otro al dejar la autorregulación en manos de los concesionarios, el Estado renuncia a su obligación de protección (artículo 1o., tercer párrafo, constitucional) que indica disponer de un aparato legal e institucional para que particulares no violen los derechos de terceros. Este caso parece ser el único, en que el reconocimiento de un derecho no tenga una agencia del Estado que los tutele y, por lo tanto, sería letra muerta su ejercicio, al no existir mecanismos de exigibilidad. Ni siquiera la Ley Federal de Radio y Televisión de 1960 dejaba tan laxas las reglas para los radiodifusores.

Asimismo, al limitar las facultades del Instituto Federal de Telecomunicaciones, organismo autónomo constitucional, se pretenden dejar sin tutela los derechos reconocidos en el texto fundamental, violando los artículos 1o., 2o., 3o., 6o. y 28 de la Constitución.

VI. CONCLUSIONES

Los medios electrónicos en México siguen conservando un poder inmenso. Los gobiernos en turno entran en alianzas con ellos para reproducir y mantener el poder mediático y político. La administración de la publicidad oficial es un instrumento de ese entramado. La sociedad carece de medios electrónicos a la altura de sus circunstancias, las que exigen mayor democracia, transparencia, equidad, neutralidad, y garantía plena de los derechos a la libertad de expresión e información.

Las reformas estructurales en la materia de este ensayo, como en otros ámbitos producidas en el gobierno de Enrique Peña Nieto, fueron reformas que no conformaron un espacio mediá-

tico democrático ni una nueva relación más democrática con la sociedad. Fueron reformas que en el discurso oficial pretendieron el libre mercado, la competencia económica, el combate a los monopolios, y la promoción de la inversión nacional y extranjera, pero que en los hechos persiguieron otros objetivos que comprometieron la autodeterminación nacional. Se trató de reformas que propusieron un modelo económico de nación muy diferente al que fue consagrado en los principios sociales de la Constitución de 1917 y en sus reformas posteriores, mismas que llegaron hasta la primera mitad de la década de los ochenta del siglo XX. La mayor parte de las modificaciones jurídicas del sexenio anterior fueron consecuencia de recomendaciones de los organismos financieros internacionales o fueron producto de los acuerdos comerciales o de seguridad de nuestro país con el exterior, principalmente con los Estados Unidos.

En el sexenio anterior deliberadamente se impulsó una agenda de transformación compatible con las características jurídicas que el neoliberalismo ha tenido en nuestro país: desmantelamiento del Estado del bienestar; fortalecimiento de los poderes fácticos —incluyendo a los mediáticos—; reducción de los derechos económicos, sociales y culturales en contra de los derechos de los gobernados; saqueo de los recursos naturales en beneficio de las transnacionales y de los poderes geopolíticos; homologación de nuestro sistema jurídico al derecho anglosajón; populismo penal que pretende resolver los problemas de seguridad con medidas puramente represivas; privatización del derecho público; subordinación del ordenamiento nacional al supranacional y a las redes jurídicas del neoliberalismo; democracia electoral de baja intensidad, sin democracia participativa y deliberativa; acuerdos internacionales como el ASPAN o la Iniciativa Mérida que no son aprobados por el Senado y mucho menos por los ciudadanos; pérdida de soberanía; apuntalamiento jurídico del modelo económico neoliberal para beneficiar a los poderes fácticos nacionales y transnacionales, e integración económica de nuestro país a los Estados Unidos, entre otras notas destacadas.