

VOTO PARTICULAR QUE CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 24, PÁRRAFO 4 DEL REGLAMENTO DE SESIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, QUE PRESENTA EL CONSEJERO ELECTORAL BENITO NACIF HERNÁNDEZ EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR INICIADO CON MOTIVO DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR EL PARTIDO ACCIÓN NACIONAL, EN CONTRA DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL, PARTIDO VERDE ECOLOGISTA DE MÉXICO, LA COALICIÓN ELECTORAL "ALIANZA PUEBLA AVANZA" Y DEL C. JOSÉ ENRIQUE DOGER GUERRERO, POR HECHOS QUE CONSTITUYEN PROBABLES INFRACCIONES AL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, IDENTIFICADO CON EL NÚMERO DE EXPEDIENTE SCG/PE/PAN/CG/062/2010.

Este caso se inicia con una denuncia por parte del Partido Acción Nacional con motivo de un video de la Coalición "Alianza Puebla Avanza", integrada por el Partido Revolucionario Institucional y el Partido Verde Ecologista de México. En él, aparece el hoy candidato a Gobernador por la Coalición, Enrique Doger Guerrero, profiriendo el siguiente mensaje:

"¿Alguien que provocó un déficit de más de mil 500 millones de pesos puede gobernarnos a los poblanos? Quien provocó el desajuste de las finanzas públicas del estado hoy es el candidato de la Coalición sin ningún compromiso por Puebla. ¿Puede alguien que viola la ley aspirar a gobernar un estado? ¿Aceptarían los poblanos a un gobernante con estos antecedentes? Nunca más abusos, derroches, ni hoyos financieros".

Es necesario decir que el Candidato opositor es Rafael Moreno Valles Rosas, para la Coalición "Compromiso por Puebla" (de donde se entiende el juego de palabras). Así también, que el video fue difundido el 4 de junio de este año, en plena campaña electoral en el estado de Puebla.

Se decidió sancionar a los partidos de la Coalición "Alianza Puebla Avanza", así como al candidato, porque la frase "¿Puede alguien que viola la ley aspirar a gobernar un estado?" es, según la mayoría, en sí misma denostativa y calumniosa. Porque tiene como propósito lastimar la "buena fama" del candidato a la Coalición opositora. Y porque, en última instancia, en nada aporta al debate democrático y a la formación de una opinión pública informada.

En este voto particular sostengo que un entendimiento correcto de la libertad de expresión y su papel en la democracia y de las herramientas interpretativas que la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación –a la par de otras instancias internacionales– ha fijado para su interpretación, llevarían a **infundar** el procedimiento en contra de los actores.

A diferencia de la mayoría, sostengo que la utilización de palabras “denostativas” *en sí misma*, no es suficiente para sancionar un discurso. Ello porque, conforme al artículo 38, párrafo 1, inciso p), las autoridades electorales están obligadas a observar “lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 6o. de la Constitución.” Ello implica **ponderar** entre dos derechos en conflicto: la libertad de expresión y el derecho a la imagen.

Ahora, para la mayoría, esta disposición parece ser casi una tautología: dado que el 6 constitucional habla de límites –entre los cuales se encuentran los derechos de terceros– y el 41 constitucional establece uno específico para la propaganda de los partidos políticos –abstenerse de denigrar a otros partidos o instituciones o de calumniar a candidatos– hacer valer ese límite sancionando el discurso es dar cumplimiento a la disposición legal. La lógica, concreta, es la siguiente: dado que se utilizaron palabras “denostativas”, automáticamente, se rebasa el límite de permisividad expresiva. Lo anterior se deriva del hecho de que la mayoría parte de una **premisa falsa**: que la libertad de expresión y el derecho a la imagen tienen la misma jerarquía normativa cuando, de acuerdo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ello no es así. Como se deriva de la acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada:

“La posición casi de *primus inter pares* que se le otorga a la libertad de expresión entre los derechos consagrados por las constituciones de las democracias actuales es la responsable, como veremos, de que los límites que quieran imponerse a la misma en aras de la protección de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos –en especial cuando se trata de contenidos y debates políticos– estén sometidos a unas condiciones muy exigentes.”

Como se puede ver, el criterio que la Suprema Corte estableció se encamina a distinguir a la libertad de expresión del resto de los derechos, dándole el carácter de *primo entre pares*. Esto es, la calidad que la Suprema Corte da a la libertad de expresión no únicamente es la de un derecho consagrado a nivel constitucional sino que, además, sostiene que ésta guarda una **posición de preferencia** respecto al resto de las libertades y, en ese sentido, su restricción debe atender a condiciones que califica como de mucha exigencia.

Así, la conclusión que se puede derivar de lo anterior es que si bien el derecho a expresar libremente los pensamientos es uno más de aquellos contenidos en el catálogo comprendido en el sistema jurídico mexicano, es innegable que guarda una posición de privilegio respecto del resto de ellos y, tal característica, resulta transcendente para el efecto de trazar sus límites, específicamente cuando se encuentre enfrentado con otros derechos.

En este contexto, se puede afirmar que el principio y regla general es la libertad de expresión en su más amplio sentido. La excepción son sus restricciones en el más estricto sentido. Es decir, la protección de los derechos fundamentales, específicamente el de libertad de expresión en su sentido amplio, se debe hacer en un sentido extensivo, mientras que el establecimiento de los límites

respectivos debe realizarse en un sentido restrictivo. En estos términos cabe aplicar los artículos 6° y 41 constitucionales, y los artículos del Cofipe en materia de límites a la libre expresión de los partidos y candidatos.

¿Por qué la **presunción a favor de la libertad de expresión**? Sin duda, por su importancia en una democracia constitucional. La libertad de expresión es el medio a partir del cual las ideas en torno a los asuntos de interés público se intercambian. Es por este derecho, que los políticos debaten en torno a las políticas públicas que pretenden implementar, que buscan repudiar, o que esperan cambiar. Es por este derecho que los periodistas pueden difundir las investigaciones que realizan en torno a los servidores públicos, los partidos políticos, los candidatos o cualquier figura pública que incida en la vida nacional. Es por este derecho que los ciudadanos se pueden oponer a las acciones gubernamentales, pueden criticarlas, pueden cuestionarlas o pueden mejorarlas a través de argumentos.

En este sentido, valga recordar las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en su Opinión Consultiva 5/85, refirió a las dos dimensiones de la libertad de expresión:

30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, **cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas**, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

El "derecho colectivo" al que refiere la Corte Interamericana no es tan abstracto como quizá podría parecer: el derecho a recibir información, más aún cuando se trata de un servidor público o aspirante a serlo –como lo son los candidatos–, es fundamental para ejercer el derecho al voto. No hay que olvidar que una de las características del voto es que debe ser informado. Para que ello se actualice, los ciudadanos deben contar con toda la información disponible en la arena pública.

Dada esta importancia de la libertad de expresión, es que se han establecido diversos criterios de interpretación que sirven para ponderar cuándo, precisamente, se debe derrotar a este derecho tan especial. En palabras de la Suprema Corte, extraídas del amparo en revisión 2044/2008:

En las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos entre libertad de información y expresión y derechos de la personalidad no parte cada vez de cero. Los ordenamientos cuentan, por el contrario, con un abanico más o menos extenso y consensuado de reglas acerca de qué es y qué no es un equilibrio adecuado entre estos derechos a la luz de las previsiones constitucionales aplicables. En su contexto, el operar del sistema jurídico va paulatinamente esclareciendo las condiciones bajo las cuales un argumento será considerado genuinamente hecho en nombre de la libertad de expresión, o acerca del modo en que pretensiones concretas de las partes podrán conectarse argumentalmente con los fundamentos de determinadas formas de protección legal y constitucional.

En el caso específico tenemos los siguientes elementos: se trata de un promocional que constituye un ataque a un candidato que aspira ser Gobernador del estado de Puebla, un servidor público en potencia; se trata de un ataque que gira en torno al manejo de dicho candidato, cuando fue servidor público, de las finanzas públicas, lo que constituye un asunto de interés público; y se trata de un promocional difundido durante las campañas electorales, cuyo propósito es informar a la ciudadanía quienes son los candidatos para que puedan decidir, de mejor forma, por quién votarán.

En esta línea, tenemos, por un lado, el derecho a la imagen de un candidato político y la libertad de expresión de dos partidos políticos y su candidato, por otro. Y, entre los dos, tenemos el derecho a la información de los ciudadanos, porque no hay que olvidar que las campañas –y la democracia– están diseñadas para beneficiar a los ciudadanos, no a los partidos políticos, ni a los candidatos.

Para aludir al primer criterio de interpretación, valga volver a citar, *extensivamente*, a la Suprema Corte en el amparo en revisión 2044/2008:

Una de las reglas específicas más consensuadas en el ámbito del derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos [...] es la regla según la cual las personas que desempeñan o han desempeñado responsabilidades públicas (en los términos amplios anteriormente apuntados), **así como los candidatos a desempeñarlas**, tienen un derecho [...] al honor **con menos resistencia normativa general que el que asiste a los ciudadanos ordinarios** frente a la actuación de los medios de comunicación de masas en ejercicio de los derechos a expresarse e informar.

Y ello es así por motivos estrictamente ligados al tipo de actividad **que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades**. Ello puede otorgar interés público –por poner un ejemplo relacionado con el derecho a la intimidad– a la difusión y general conocimiento de datos que, pudiendo calificarse de privados desde ciertas perspectivas, guardan clara conexión con aspectos que es

deseable que la ciudadanía conozca para estar en condiciones juzgar adecuadamente la actuación de los primeros como funcionarios o titulares de cargos públicos.

Con el derecho al honor sucede algo similar. Como dijo en una ocasión esta Corte, las actividades desempeñadas por los funcionarios públicos interesan a la sociedad, y la posibilidad de crítica que esta última les dirija debe entenderse con criterio amplio: “no debe olvidarse que la opinión pública es el medio de controlar a los depositarios del poder y que la libertad de prensa es necesaria para la vida política y social y que debe interpretarse con criterio amplio atendiendo al fin que es el bien público, social, general.” En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“el derecho internacional establece que **el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones [en razón de que] el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad**, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren”.¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha destacado que:

“[l]os límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2, permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas– y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.”²

Ante los argumentos esgrimidos por la Suprema Corte, la mayoría respondería que ese margen de tolerancia se transgrede con **calumnias** –esto es, por más tolerante que uno sea, ¿cómo se van a permitir acusaciones delictivas?–. Valga mencionar que la misma Suprema Corte hace alusión al

¹ Caso *Tristán Donoso v. Panamá*, párrafo 122.

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Dichand y otros v. Austria*. Sentencia de 26 de febrero de 2002, *Demanda No. 29271/95*, párrafo 39 y caso *Lingens v. Austria*. Sentencia de 8 de julio de 1986, *Demanda No. 9815/82*, párrafo 42.

caso de *Ricardo Canese v. Paraguay*, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamental para este punto. De nuevo citando a la Suprema Corte:

El caso *Ricardo Canese*, en el cual la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] declaró que la condena penal de un candidato a la presidencia de Paraguay por la supuesta difamación que había cometido contra su contraparte en la campaña constituía una violación a la libertad de expresión, es el que ilustra con más exactitud la extensión de la especial protección al discurso vertido en el contexto de las campañas electorales. Canese fue condenado penalmente como consecuencia de haber afirmado, durante la campaña, que su contraparte era un “prestanombre” de la familia del antiguo dictador Stroessner y que había representado veladamente sus intereses económicos en un consorcio que participó en la construcción de un complejo hidroeléctrico. La Corte, al detectar una violación al artículo 13 [de la Convención Interamericana de Derechos Humanos], destacó especialmente el hecho de que las declaraciones del señor Canese se hubieran realizado en el contexto de una campaña electoral y sobre asuntos de interés público, “circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático”, razón por la cual “el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tienen en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o de preocupación pública.”

¿Qué implica ponderar? Que incluso cuando un discurso sí es calumnioso –como podría ser acusar a alguien de ser “prestanombres” de la familia de un antiguo *dictador*– se debe analizar si el público no se beneficia más de ese mensaje que lo que el servidor público o candidato se perjudica. Sí: puede haber un daño, pero en esta materia, ello no es suficiente para sancionar un discurso. Ni siquiera cuando se trata de una imputación delictiva.

En este sentido, en el caso actual, ello implica que incluso si una frase del promocional fuese calumniosa, aún se tendría que analizar si el mensaje en su totalidad pesa más que la “buena fama” del Candidato. Por ello, habría que ponderar si la frase “¿Puede alguien que **viola la ley** aspirar a gobernar un estado?” pesa más que el mensaje en su totalidad: que el candidato que “provocó un déficit de más de mil 500 millones de pesos, que provocó el desajuste de las finanzas públicas del Estado” **no es apto para gobernar el Estado**. Y la respuesta es: no.

Si existe una crítica que es pertinente y necesaria es aquella que se refiere a la capacidad de los funcionarios públicos de manejar los recursos públicos; aquella que se dirige a confrontar ya no sólo “opciones políticas” sino la experiencia y desempeño de quienes han tenido cargos públicos y han tenido la responsabilidad de conducir las políticas presupuestales de un gobierno. Claramente las finanzas públicas constituyen un asunto de interés público opinable por la ciudadanía y por los actores en una competencia electoral. En este sentido, es insostenible sancionar un discurso por una sola frase contenida en él.

Es insostenible si se considera lo ya expuesto: que se trata de una crítica a un ex servidor público que pretende ejercer un nuevo cargo; que se trata de una crítica en torno al manejo de las finanzas públicas por parte del candidato; y que se trata de un mensaje emitido durante las campañas electorales, cuando las personas aún están decidiendo por quién votar y el mensaje puede ser clave para que reflexionen en torno a su elección.

Es necesario recordar que sin crítica pública se rompe una parte crucial del flujo de información política necesaria para que los ciudadanos conozcan, valoren y decidan sobre el desempeño de sus representantes o de quienes aspiren a serlo en el futuro.

Más grave aún, sancionar a quienes alzan la voz para decir lo que piensan sobre las instituciones o los actores que participan en la actividad pública, con el argumento de que esas expresiones constituyen calumnia de por sí, o que por el sólo hecho de decir las lesionan la reputación o al descrédito público, termina por debilitar las condiciones mínimas de un régimen democrático; porque en donde no hay protección constitucional para que los ciudadanos conozcan su realidad social, económica y política sin interferencias del Estado, no hay posibilidades reales de ejercer libremente la libertad de elección y de pensamiento.

Así, limitar la libertad de expresión de los integrantes de la Coalición "Alianza Puebla Avanza" y de su Candidato a Gobernador, especialmente con respecto a un hecho de alta relevancia como lo es una contienda electoral, significa ir en contra de la concepción básica de la democracia como sistema de gobierno.

Más aún si se considera, como último punto, la consecuencia que está resultando de fallos como éste: un blindaje jurídico de las figuras públicas contra la crítica. No puede ignorarse que el caso actual gira en torno a un promocional **televisivo**. A partir de la reforma electoral del 2007, este medio de comunicación y el de la radio, quedó reservado *exclusivamente* para los partidos políticos. En este sentido, son los únicos que pueden emitir críticas en torno a sus adversarios bajo el formato de promocionales. Si a la par de la crítica de los partidos políticos existieran otras voces –con el alcance que brindan la radio y la televisión– quizá el caso sería menos alarmante. Sin embargo, ello no es así, por lo que preocupa aún más la resolución.

En aras de una civilidad, no puede sacrificarse la crítica. En aras de un debate de calidad, no puede sacrificarse el debate mismo. Y en aras de proteger un bien, no puede descubiarse otro que resulta fundamental la democracia. Y por estas razones es que me pronuncio en contra de la decisión mayoritaria.

DR. BENITO NACIF HERNÁNDEZ
Consejero Electoral