

VOTO CONCURRENTE QUE PRESENTA EL CONSEJERO ELECTORAL BENITO NACIF HERNÁNDEZ, SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR INICIADO CON MOTIVO DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR LOS CC. JUAN MANUEL ESTRADA JUÁREZ Y SALVADOR COSÍO GAONA, EN CONTRA DEL C. ENRIQUE PEÑA NIETO, EL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL, Y DISTINTOS CONCESIONARIOS DE TELEVISIÓN POR HECHOS QUE CONSIDERAN CONSTITUYEN INFRACCIONES AL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, IDENTIFICADO CON EL NÚMERO DE EXPEDIENTE SCG/PE/JMEJ/JL/JAL/080/2011.

El 19 de septiembre de 2011, se transmitió una entrevista realizada por Joaquín López Dóriga a Enrique Peña Nieto, por XEW-TV Canal 2. En la misma, el conductor le preguntó al ex Gobernador del Estado de México si aspiraba a la Presidencia de la República. La respuesta fue afirmativa: “Sí quiero ser Presidente de México. Sí aspiro a ser el candidato de mi partido. Aspiro a participar en la contienda electoral del próximo año.” Por esta frase, se interpuso una queja en contra de Peña Nieto, su partido político y las concesionarias por la realización de actos de pre-campaña, así como por una contratación ilegal de propaganda electoral en televisión. Se admitió la denuncia, dando inicio al procedimiento especializado sancionador. Finalmente, el Consejo General decidió declararlo infundado por considerar que la entrevista se hizo al amparo de la libertad de expresión. Aunque estoy de acuerdo en esto último –esto es, que se trató de un ejercicio periodístico genuino al amparo de la Constitución–, difiero, sin embargo, en la forma en la que se llegó a esta conclusión: para mí, este es un caso que se debió de haber desechado de plano, más que haberse declarado infundado.

Creo que una correcta interpretación de la libertad de expresión, junto con el derecho de la ciudadanía a recibir ideas, deben llevarnos a modificar la decisión de admitir o no una queja. Si adoptamos una visión robusta de estos derechos, en la que sus restricciones y cargas se conciben como excepcionales y de procedencia estricta, a menos que exista una violación evidente a una norma electoral, la política de esta autoridad debería ser el desechamiento. Ello porque, con la sola procedencia del juicio, se generan cargas para los sujetos que, tarde que temprano, repercuten en el discurso: al miedo a la sanción, aunado a los costos de defender un ejercicio *legítimo* en un juicio, empuja a las personas al *silencio*.

Una de las justificaciones de la libertad de expresión en el sistema constitucional es su conexión con la democracia. La libertad de expresión es un medio para tener una ciudadanía informada. Sólo garantizándola puede decirse que los ciudadanos son capaces de elegir a los mejores gobernantes, a los que, previamente desnudados, sobrealizados, cuestionados y evaluados,

han resultado ser los mejores para ocupar los cargos.¹ La libertad de expresión es la lupa a través de la cual se estudia el comportamiento de los candidatos, de los partidos políticos y los asuntos de interés público. Es la lumbre que expone hasta los comportamientos más recónditos, más secretos, más oscuros de la vida pública. Es la razón por la cual se descubren a los verdaderos héroes y se derrotan a los ídolos falsos, se puntualizan los problemas sociales y se debaten las mejores vías para resolverlos. La libertad de expresión es requisito indispensable del ejercicio democrático; el medio incuestionado para el ejercicio informado y responsable del voto: la vía para una ciudadanía verdaderamente autónoma. Ya la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha reconocido, al hablar de la importancia del discurso político:

El discurso político está más directamente relacionado que otros con la dimensión social y con las funciones institucionales de las libertades de expresión e información. Por tanto, proteger su libre difusión resulta especialmente relevante *para que estas libertades desempeñen cabalmente sus funciones estratégicas de cara a la formación de la opinión pública, dentro del esquema estructural propio de la democracia representativa*. Una opinión pública bien informada es un instrumento imprescindible para conocer y juzgar las ideas y acciones de los dirigentes políticos; *el control ciudadano sobre las personas que ocupan o han ocupado en el pasado cargos públicos* (servidores públicos, cargos electos, miembros de partidos políticos, diplomáticos, particulares que desempeñan funciones públicas o de interés público, etcétera) *fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de todos los involucrados en la gestión de los asuntos públicos* [...]²

Como puede derivarse del criterio de la Primera Sala, en asuntos político-electorales, la libertad de expresión y el derecho a la información son indisolubles: la primera está en función del segundo. Desde aquí puede entenderse el criterio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual ha esgrimido en su Opinión Consultiva 5/85:

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,

¹ En el amparo en revisión 2044/2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación esgrime los criterios que deben regir los casos en los que se pondera entre la libertad de expresión (de los periodistas) y el derecho a la privacidad (de los políticos).

² LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU PROTECCIÓN ES ESPECIALMENTE INTENSA EN MATERIA POLÍTICA Y DE ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXX, diciembre de 2009, tesis CCXVII/2009, tesis aislada (derivada del amparo directo en revisión 2044/2008).

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.*³

Desde aquí, tenemos que, en el corazón del derecho a la libertad de expresión, sobre todo en materia político-electoral, está la posibilidad de las personas de conocer qué ocurre con el gobierno, qué pasa con los asuntos de impacto colectivo, qué sucede con el Estado. No es asunto menor. Ahora, entender el *fin* de la libertad de expresión permite entender *cómo debe ser la regulación específica* de los asuntos que están relacionados con ella. Entre éstos se encuentran la situación de los medios de comunicación, en general, y de los periodistas, en particular.

En la figura del periodista se concentran muchas de las aspiraciones de la libertad de expresión: es el depositario de la labor de descubrir la verdad; el encargado de hacer las preguntas incómodas y presionar por las respuestas; el responsable de difundirlas. Es a quien la sociedad le delega la tarea fundamental de desenmascarar para que ella, después, pueda juzgar. Es el medio *fáctico* que posibilita el derecho a recibir información. De ahí las protecciones que la regulación debe otorgarle a esta figura y al ejercicio que desempeña.

Es tan importante la labor periodística, que quedó fuera de la prohibición constitucional de contratar propaganda electoral en radio y televisión. Lo penado es la *contratación de tiempo* en radio y televisión para *influir* ilegítimamente en las preferencias *electorales* de los ciudadanos. Lo protegido y *requerido*⁴ –si nos tomamos en serio la protección constitucional de la libertad de expresión y el derecho a la información, junto con el derecho al voto–, sin embargo, es una labor periodística robusta que provea, precisamente, la información relevante para la ciudadanía.

Resulta necesario, en este punto, afirmar lo siguiente: no se puede interpretar la reforma constitucional del 2007 en el sentido de que el Constituyente proscribió de la esfera televisiva y radiofónica *cualquier diálogo electoral* que no estuviera pautado por el Instituto Federal Electoral. Se prohibió el *proselitismo* ilegítimo, no la conversación. Se desterró la manipulación política, no la información relevante. La distinción no está en el *contenido* –lo electoral–, si no en la forma. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que cualquier manifestación electoral, partidista, política automáticamente resultaría sancionada, lo que no puede sostenerse.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 5/85* del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

⁴ Esto es: la labor de las autoridades no sólo implica *respetar* y *proteger* la labor periodística (no interferir en y asegurar que otros no interfirieran en la misma), sino de *fomentarla*: crear los incentivos para que los periodistas puedan desempeñar libremente su labor. El nuevo párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución Federal llevaría a sostener esta distinción.

No todo lo electoral depende de los partidos políticos y las autoridades electorales. Los medios de comunicación –a través de sus periodistas– también deben de ser capaces de fijar la pauta. Los anuncios, los debates, las preguntas y las respuestas no pueden depender, exclusivamente, de *spots* de 20 o 30 segundos que los mismos partidos deciden liberar. Tiene que haber un espacio en donde lo que se informa no dependa de ellos, sino de los periodistas. Un ámbito en el que puedan quedar expuestos. Un lugar en el que están bajo la mirada pública y cedan el control. Porque los *spots*, la propaganda, son eso: una expresión controlada, prediseñada, calculada, pautada para dejar ver *lo que los partidos quieren enseñar*, lo que los candidatos quieren liberar.

Las entrevistas se definen, precisamente, como lo opuesto: los políticos son los invitados, los que no tienen el control. En este espacio, las preguntas les son *lanzadas* –como armas– y su reacción es automática, e incluso, involuntaria: desde los gestos que realizan, inadvertidamente, la forma en la que se sientan o se mueven (nerviosamente), la manera en la que sonríen (o no) y lo que *explícitamente* enuncian... *Todo* puede verse, hasta los silencios incómodos, los enojos involuntarios, los chantajes subconscientes. O la fuerza emocional, la entereza intelectual, la preparación política. Y *ese* es el punto: que se desnude lo que se tenga que desnudar. Que caiga quien tenga que caer. Que gane quien tenga que ganar. ¿En beneficio de quién? ¿Los partidos políticos, los candidatos? No. De las personas: quienes votan. Quienes depositan su poder en los gobernantes, a quienes los últimos deben rendirles cuentas. La ciudadanía es el *fin* de todo.

Ahora, esto no es simple *retórica*. Se traduce en principios específicos de interpretación que deben guiar el actuar de las autoridades. Uno de ellos es el que vuelca la balanza a favor de la libertad de expresión y en contra de sus límites. A favor del ejercicio periodístico y en contra de quien pretenda censurarlo. ¿Qué significa esto? Que cuando tenemos una entrevista televisiva, con uno de los periodistas más importantes del país, en uno de los noticieros más vistos de la República, en el que se discuten asuntos de interés público, la balanza debe, automáticamente, volcarse a favor de la expresión.

La visión restrictiva de la libertad de expresión reduce la entrevista de López Dóriga a Peña Nieto a una *respuesta*: “Sí quiero ser Presidente de México.” Esta frase, automáticamente desata –para estas personas– la sospecha: estamos frente a proselitismo ilegítimo, contratación ilegal, actos anticipados de precampaña. Por el contenido electoral, todos se vuelven probables responsables que *deben demostrar su inocencia*.

Una visión expansiva de la libertad de expresión no reduciría una entrevista a una *respuesta*. Vería, primero que nada, las *preguntas* –múltiples, por cierto– que efectúa el periodista. En este caso, López Dóriga preguntó lo que, estoy seguro, muchos ciudadanos querían saber. Peña Nieto respondió. Pero López Dóriga no se quedó ahí: incitó a Peña Nieto a responder a las manifestaciones de otros posibles contendientes relativas a la batalla. Con esa pregunta, López

Doriga permitió que el público viera cuál sería la postura del ex gobernador sobre la lucha electoral: si pretende ser una fiera, si pretende ser respetuoso, si pretende ser evasivo. López Dóriga le preguntó, incluso, cuál sería la estrategia de precampaña considerando las restricciones legales. ¡El mismo asunto que se pretendió sancionar con esta queja –los actos anticipados de precampaña– fue objeto de la entrevista! El público pudo ver, en la respuesta de Peña Nieto, qué tan nervioso se ponía, qué tan honesto estaba siendo, su postura respecto de la ley electoral, la contienda, las campañas sucias. ¡Si hay algo que protege la libertad de expresión, es esto! Cuando los *grandes fallos* refieren a los *asuntos de interés público*, ¡a esto es a lo que aluden!

Ahora, por si el contenido de la entrevista no fuera suficiente, está el factor probatorio: los agravios sostenían que se trató de actos anticipados de pre/campaña y de contratación ilegal de propaganda electoral en televisión. Ambas imputaciones, *a la luz del derecho a la libertad de expresión que he expuesto*, obligan a exigir una carga probatoria que va *mucho más allá* de comprobar la existencia de la entrevista. Como mencioné previamente, la propaganda electoral –por como está regulada en la misma Constitución, en el Cofipe y en los reglamentos– lleva a considerar un factor fundamental: la *planeación* previa, controlada por los partidos políticos y los candidatos.⁵ La entrevista, como también dije previamente, es, por definición, lo opuesto: lo espontáneo, que *no* depende de los partidos políticos. Dada la carga probatoria, quien se atreva a sostener que una entrevista es ilegal debe derrotar ambas presunciones: aportar evidencia que demuestre que (i) hubo una *contratación* de tiempo, (ii) una *concertación* respecto del contenido, (iii) que tenía como propósito posicionar al aspirante de manera favorable ante los electores.

De nuevo: por si el *contenido* de la entrevista y la forma en la que se desarrolló no fuera suficiente para determinar que esta queja era improcedente, la imposibilidad de comprobar los tres requisitos que acabo de enunciar me parecen más que suficientes para ello.

⁵ En el voto concurrente que presenté para la resolución CG239/2010, del 14 de julio de 2010, después de analizar la regulación constitucional, legal y reglamentaria del concepto de *propaganda* electoral, sostuve que ésta puede ser entendida de la siguiente forma: i) como una *idea*, que tiene como propósito la obtención del voto, la presentación de una candidatura o la exposición de programas electorales; ii) que se transmite a través de un medio que *exige* una planeación previa, como el contenido que se transmite por radio, televisión, las salas de cine, páginas de Internet, periódicos, revistas, panfletos, volantes y pancartas (esto es: contenido que requiere ser pensado y plasmado –permanentemente– en los respectivos formatos); y iii) que es producida y difundida por los partidos, esto es, quienes controlan –a través de un contrato (con las televisoras, las radiodifusoras, las salas de cine, los periódicos)– la producción y difusión de la propaganda. Para mi, se tienen que satisfacer los *tres* requisitos para considerar que se está ante propaganda electoral. Si se está ante propaganda electoral, ocurren varias cosas: en casos como el presente, por ejemplo, dada la temporalidad, habría que ver lo relativo a los actos anticipados de pre/campaña; además, dada la regulación en radio y televisión, estaríamos frente al supuesto de contratación ilegal de propaganda; y, por último, esto también afectaría el tema de la fiscalización de los recursos de los partidos. Si, por el contrario, no se satisfacen *los tres* requisitos, claramente no estamos frente a una violación del orden electoral. El voto concurrente está disponible en: <http://bit.ly/qgtScs>

El artículo 368, párrafo 5 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), establece que en un procedimiento especial sancionador, la denuncia será desechada de plano, sin prevención alguna, cuando los hechos denunciados no constituyan, de manera evidente, una violación en materia de propaganda político-electoral dentro de un proceso electivo. El actual Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral (el Reglamento), en su artículo 66, inciso b) replica esta causal de desechamiento para el procedimiento especial sancionador. Ahora, sobre esta facultad, el Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal en el SUP-RAP-7/2009 ha dicho lo siguiente:

[...] Tratándose del procedimiento especial sancionador, [...] la autoridad realizará el análisis de los hechos informados y de las pruebas aportadas por el denunciante, o bien de las que a instancia de éste tenga que requerir legalmente *para decidir sobre su admisión o desechamiento*, pues no está obligada a iniciar una investigación preliminar para subsanar las deficiencias de la queja, ni a recabar pruebas, dado que es al denunciante a quien corresponde la carga probatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 368, apartado 3, inciso e), del código citado, sin obstáculo de que podría hacerlo si lo considerara pertinente.

Esto es así, porque el procedimiento especial sancionador en materia de prueba se rige predominantemente por el principio dispositivo, pues desde el momento de la presentación de la denuncia se impone al quejoso la carga de presentar los elementos de convicción en los que respalde el motivo de su denuncia, o bien, el deber de identificar las que el órgano habrá de requerir, pero sólo para el supuesto de que no haya tenido posibilidad de recabarlas, sin que la autoridad tenga la obligación de allegarse de dichos elementos, aun cuando no le está vedada esa posibilidad.

Tomando en consideración lo anterior, así como el criterio que esgrimí en el apartado anterior sobre lo que constituye una contratación ilegal de propaganda electoral en radio y televisión, resultaría el siguiente criterio para la procedencia del desechamiento de la queja o su admisión:

El quejoso, *dado el principio dispositivo*, debería aportar pruebas o requerir las siguientes pruebas, *con el propósito de que el Secretario del Consejo General pueda decidir si admite la queja o no*: a) pruebas sobre la difusión de la entrevista (lo cual se cumpliría de forma sencilla: basta un requerimiento a Prerrogativas y Partidos Políticos sobre los horarios y canales de transmisión); b) pruebas sobre la *contratación* de la entrevista; c) pruebas sobre la *concertación* del contenido de la entrevista; y d) pruebas sobre el propósito de influir, indebidamente, a los electores, favoreciendo o perjudicando a un partido político o pre/candidato.

Si el quejoso es incapaz de producir estas pruebas o siquiera *indicios* de que podrían llegar a existir,⁶ me parece que la autoridad no tiene por qué *subsanoarlo* –como afirma el mismo TEPJF–, menos aún cuando ello podría generarle actos de molestia a diversos sujetos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷ ha establecido que un acto de molestia, para cumplir con las garantías establecidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, debe de estar fundado y motivado. En el caso que nos ocupa, el requisito que resulta apremiante es el de la motivación: que la autoridad logre demostrar que tiene razones para molestar a los sujetos. Que satisfizo los requisitos de admisión de la queja y, por lo tanto, puede proceder a *molestarlos*, llamándolos a juicio.⁸ Es una violación a las garantías de estos sujetos emplazarlos a juicio sólo porque un quejoso *crea* que una entrevista, por su contenido, es violatoria del orden electoral, sin molestarle en aportar mayores pruebas. Cuando sin esas pruebas, precisamente, los hechos denunciados no constituyen, de manera evidente, una violación al orden electoral.

Sin esas pruebas, lo que se tiene es una entrevista televisiva. Sin esas pruebas, López Dóriga no está más que cumpliendo con su papel como periodista y Televisa, su papel como gran televisora en una democracia. Sin esas pruebas, tenemos el ejercicio legítimo de un derecho. Y, no cualquier derecho, sino uno de los pilares de la democracia.

Ahora, por si las razones que he expuesto hasta ahora no son suficientes, creo que hay un último argumento que lleva a adoptar, como política, el *desechamiento* de quejas como las presentes. Por una parte, están las cargas que se le generan a los sujetos llamados a juicio. El emplazamiento es un genuino acto de molestia: requiere tiempo, dinero y esfuerzo defenderse en un juicio. Tiene un impacto en las relaciones sociales de las personas (de estar libres de tener problemas con la ley, a estar inmiscuidos en un procedimiento). Afecta sus vidas. Si vamos a generar estos costos, más vale que no sea por una queja sin el menor sustento. Y valga esto último también para el caso de los recursos que esta misma autoridad invierte –

⁶ La frivolidad no es una causal de desechamiento establecida para el procedimiento especial sancionador, sino sólo para el procedimiento sancionador ordinario, conforme al artículo 29, párrafo 1, inciso d) del Reglamento de Quejas y Denuncias. Sin embargo, me parece que iniciar una queja, sin aportar o requerir mayores pruebas, a partir solamente del contenido de una entrevista, cuando los agravios que se esgrimen exigen mucho más, es el equivalente a un recurso frívolo: superficial, irresponsable, sin la mayor preocupación por lo que podría ocurrir en relación a los derechos de terceros. ¡Más aún considerando que el quejoso le puede pedir a la autoridad que recabe pruebas! ¡Ni siquiera está recayendo sobre él *toda* la carga de la prueba!

⁷ JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XV, mayo de 2002, 175, Tesis 2ª./J. 38/2002, Jurisprudencia, Registro No. 186921.

⁸ El artículo 368, párrafo 7 del Cofipe establece que: “Cuando admita la denuncia, emplazará al denunciante y al denunciado para que comparezcan a una audiencia de pruebas y alegatos que tendrá lugar dentro del plazo de cuarenta y ocho horas posteriores a la admisión. En el escrito respectivo se le informará al denunciado de la infracción que se le imputa y se le correrá traslado de la denuncia con sus anexos.”

recursos públicos– en la sustanciación del procedimiento. Demandas como la presente le cuestan a los ciudadanos, lo que también me parece inaceptable.

En conclusión, considero necesario que este Instituto proceda de forma diferente cuando reciba quejas que versan sobre entrevistas a políticos: La libertad de expresión y el derecho de la ciudadanía a recibir información nos obliga a cuidar, de manera muy especial, el ejercicio periodístico. Si no existen elementos probatorios importantes que lleven a esta autoridad a sospechar que realmente existió una violación al orden electoral, creo que se debe desechar la queja. Argüir que en una entrevista se discutió una candidatura no es suficiente para generar los costos, tanto para los sujetos llamados a juicio, como para la autoridad electoral, de iniciar un procedimiento; menos cuando esto repercute, finalmente, en el discurso: dados los costos, es más fácil callar. La libertad de expresión pierde y con ella, los ciudadanos.

Finalmente, considero necesario, que este Consejo General, reforme el artículo 29 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral, y se incorpore como causal de notoria improcedencia la denuncia de hechos que no constituyan, de manera evidente, violaciones en materia de propaganda político electoral.

México, Distrito Federal, 2 de noviembre de 2011

Dr. Benito Nacif Hernández
Consejero Electoral