

VOTO PARTICULAR QUE, CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 26, PÁRRAFO 6 DEL REGLAMENTO DE SESIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, PRESENTA EL CONSEJERO ELECTORAL BENITO NACIF HERNÁNDEZ, CON RELACIÓN AL ACUERDO DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL EN RESPUESTA A LAS CONSULTAS REALIZADAS POR MORENA Y EL PARTIDO DEL TRABAJO, RELACIONADAS CON EL PERIODO DE INTERCAMPAÑAS.

Antecedentes

- I. El 15 de febrero del año en curso, se recibió el escrito REPMORENAINE-057/2018, suscrito por el Representante Propietario de Morena ante el Consejo General de este Instituto, en el que formuló diversos cuestionamientos relacionados con las actividades que pueden realizar los partidos, coaliciones y sus candidatos durante el periodo de intercampañas.
- II. Al día siguiente se recibió el escrito REP-PT-INE-PVG-026/2018, suscrito por el Representante Propietario del Partido del Trabajo (PT) ante el Consejo General, en el que planteó cuestionamientos similares a los realizados por el Partido Morena.
- III. En sesión extraordinaria urgente del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, se aprobó el Acuerdo en respuesta a las consultas realizadas por Morena y el PT, relacionadas con el periodo de intercampañas.

La mayoría del Consejo General aprobó dar respuesta a la pregunta número 2 del partido político Morena, respecto al *"...límite de la participación que los candidatos electos por los partidos políticos o coaliciones pueden tener en los medios de comunicación como radio, televisión y redes sociales, en el marco de posibles debates, entrevistas, mesas redondas"*, en los términos siguientes:

“La normatividad electoral no establece previsión al respecto, no obstante, para privilegiar la libertad de expresión, se estima que las y los candidatos podrían:

- Dar entrevistas a los medios de comunicación, para plantear posiciones sobre temas de interés público, aunque, como se ha referido, no podrán realizar ningún tipo de afirmación o de acción encaminada a obtener seguidores para su causa, o a presentar su plataforma electoral.

- **Participar en mesas redondas o de análisis en donde no participe más de un candidato.**

Es importante señalar que, con el objetivo primordial de asegurar la equidad en la contienda, en ambos casos, no se podrá hacer un llamado expreso e inequívoco al voto en favor de ellos o en contra de otra fuerza política o candidatura por cualquier medio de difusión.

Ahora bien, considerando que **los debates, entendidos conforme a su regulación en la LGIPE, únicamente pueden realizarse en el periodo de campaña, esto es, en los que participan candidatos a un mismo cargo de elección popular con el objeto de exponer y confrontar entre sí sus propuestas, planteamientos y plataformas electorales, a fin de difundirlos como parte de un ejercicio democrático, bajo un formato previamente establecido y con observancia de los principios de equidad y trato igualitario, debe concluirse que en periodo de intercampaña no podrían llevarse a cabo esta clase de eventos.**

Asimismo, durante este periodo los partidos políticos únicamente podrán difundir mensajes genéricos, entendiendo como tal aquellos que tengan carácter meramente informativo, sin hacer alusión al nombre, imagen y voz de los ciudadanos que busquen contender como candidatos en los procesos electorales, por lo que éstos no podrán aparecer en los promocionales de las pautas de intercampaña.”

[Énfasis añadido]

Si bien vote a favor en lo general, me aparté del acuerdo PRIMERO, numeral 2, que se refiere a dos prohibiciones: 1) la participación de candidatos en mesas redondas o de análisis en donde asista más de un candidato y 2) la celebración de debates en el periodo de intercampañas. Sobre estos dos temas considero que con la decisión adoptada por la mayoría **se establecen restricciones indebidas a la libertad de expresión y, con ello, el Consejo**

General excedió sus facultades, en contravención al principio de legalidad. A continuación presento los razonamientos que sostienen mi decisión.

Restricciones a la libertad de expresión

El artículo 6º, párrafos primero y segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) establece, en la parte que interesa, que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público. Además, señala que toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a **buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.**

El artículo 7º constitucional sostiene que **es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas a través de cualquier medio** y que ninguna ley o autoridad puede establecer la censura previa, ni coartar la libertad de difusión, que **no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6º de la Constitución.**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 19 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, la cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, y que este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, establece en el artículo 13, numerales 1 y 2, que toda persona tiene **derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.** Asimismo, se reconoce que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Ahora bien, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (SCJN) ha sostenido que el derecho fundamental a **la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.** Así, al garantizarse la seguridad de no ser víctima de una restricción arbitraria en la capacidad para manifestar el pensamiento propio, la garantía a la libertad de expresión **asegura el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio de este derecho.** Esto es, **la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación a otras personas de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden.**¹

¹ Jurisprudencia P.J. 25/2007, "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, p. 1520.

Respecto a los límites de los derechos fundamentales, ha sido criterio reiterado de los tribunales constitucionales de nuestro país que ningún derecho fundamental es absoluto y que todos están sujetos a restricciones, las cuales deben cumplir los parámetros siguientes:

- a) **Ser admisibles** dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse en las previsiones de la Carta Magna;
- b) **Ser necesarias** para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional; es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y
- c) **Ser proporcionales**, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. En el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.²

Por ello, cuando se pretenda establecer restricciones a los derechos fundamentales deben satisfacerse los requisitos de admisibilidad, necesidad y proporcionalidad que la SCJN ha determinado. Lo anterior, a fin de evitar limitaciones arbitrarias al ejercicio de derechos, particularmente el de libertad de expresión, pues constituye un derecho en sí mismo, facilita al

²Jurisprudencia 1a./J. 2/2012, "RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS", Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro V, febrero de 2012, p. 533.

ejercicio de otros derechos fundamentales y contribuye a la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los regímenes democráticos.

En consonancia con lo anterior, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), ha sostenido que tanto la libertad de expresión como el derecho a la información tienen un impacto directo en el desarrollo de los sistemas democráticos, pues gracias al ejercicio periodístico auténtico es posible propiciar la generación de una opinión pública informada y plural.³

La importancia de estos derechos destaca aún más al analizar el papel que desempeñan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas opiniones y propicien el debate público. Esto es así, porque en el ámbito de la libertad de expresión existe el reconocimiento pleno del derecho a la información y su postulado abarca no sólo el derecho de los individuos a conocer lo que otros tienen que decir (recibir información), sino también el derecho a comunicar información a través de cualquier medio.

En este contexto, se debe tomar en cuenta que la libertad de expresión durante el proceso electoral cobra mayor sentido en una sociedad democrática que, por excelencia es plural y posee el derecho a estar informada de las diversas y en ocasiones confrontadas creencias u opiniones de los actores políticos, así como de toda información que, siendo respetuosa del orden constitucional, se genere al amparo del ejercicio genuino de la profesión periodística en sus distintos géneros.

³ Ver la resolución del expediente SUP-JRC-391/2017 y sus acumulados.

Al respecto, resulta necesario destacar que, desde mi perspectiva, **una de las funciones que debe asumir esta autoridad electoral es permitir y fomentar el libre flujo de las distintas manifestaciones u opiniones entre los contendientes, la ciudadanía y los demás actores políticos y sociales.** Los partidos políticos, precandidatos y candidatos son agentes que promueven la participación ciudadana en la vida democrática al generar información relevante para la opinión pública y la ciudadanía en general, y solo a partir de la libre exposición de opiniones se genera un debate crítico, dinámico, plural y desinhibido.

Por este motivo y como lo ha señalado la Sala Superior del TEPJF, al resolver el expediente SUP-JRC-117/2017, el ejercicio de la libertad de expresión en la materia electoral encuentra un límite en el principio de equidad, empero no toda expresión supone una vulneración a tal principio, por lo que a fin de poder determinar si se transgrede, las autoridades electorales deben analizar las circunstancias particulares de cada caso que se somete a su consideración.

Asimismo, la Sala Superior del TEPJF ha señalado categóricamente (SUP-JRC-391/2017 y sus acumulados) que los medios de comunicación se encuentran en libertad para decidir el contenido de sus programas, incluidos los participantes en ellos, siempre y cuando no vulneren o causen perjuicio a los principios que rigen la función electoral. Ello se deriva de la **autonomía con la que cuentan los medios de comunicación para decidir sobre el contenido de sus programas y respecto de la organización de los debates o entrevistas.** Lo anterior, no supone que el derecho a la libertad de expresión sea ilimitado, sino que las restricciones al mismo deben ser realmente necesarias para satisfacer un interés público imperativo, como lo ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respecto al ejercicio del periodismo.⁴

⁴ CIDH, entre otros, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas), pár. 85.

Ahora bien, como lo señalé en el apartado de antecedentes, en el punto de acuerdo PRIMERO, numeral 2 del Acuerdo referido, la mayoría del Consejo General aprobó establecer dos prohibiciones durante el periodo de intercampaña, las cuales no comparto:

1. Que las y los candidatos no pueden participar en mesas redondas o de análisis en las que participe más de un candidato, y
2. Que no podrán realizarse debates en los que participen los candidatos a un cargo de elección popular.

Considero que lo aprobado impone indebidamente un límite a la libertad de expresión de candidatos a algún cargo de elección popular y medios de comunicación. Además de que restringe el derecho de la ciudadanía a recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno, particularmente en el contexto de los procesos electorales en curso.

Desde mi punto de vista, impedir que los candidatos a un cargo de elección popular participen en mesas redondas o de análisis en las que acudan otros candidatos, así como anular la posibilidad de que en la etapa de intercampañas se lleven a cabo debates en los que participen dichos actores políticos, **constituyen restricciones al derecho fundamental a la libertad de expresión que ni la Constitución, ni la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) prevén expresamente.**

La mayoría del Consejo General avaló esas restricciones, que considero se traducen en criterios generales aplicables a los actores políticos y medios de comunicación, que pueden impactar negativamente en el ejercicio del derecho fundamental a la información de la ciudadanía en general. Al tomar su decisión, dicha mayoría no analizó detenidamente si las

prohibiciones cumplen con los parámetros previstos por la SCJN, es decir, si son admisibles, proporcionales y necesarias.

Ahora bien, al desarrollar un test de constitucionalidad a las restricciones impuestas encontramos que las sustentaron en el deber de esta autoridad de asegurar que las elecciones se realicen bajo principio de equidad establecido en el artículo 41 de la Constitución.

Sin embargo, si bien podría considerarse que las limitantes al derecho a la libertad de expresión cumplen con el requisito de admisibilidad, debido a que buscan salvaguardar un principio constitucional de equidad en la contienda electoral, al evitar que los actores políticos realicen actos anticipados de campaña, lo cierto es que desde mi punto de vista no cumplen con el requisito de **necesidad** porque las restricciones a este derecho fundamental, aprobadas por la mayoría, no son las más favorables a la libertad de expresión de entre otras alternativas posibles, es decir, no es el mecanismo que resulta menos restrictivo a este derecho humano.

Tampoco cumplen con el requisito de **proporcionalidad** porque si bien se busca salvaguardar el principio de equidad en la contienda, mediante medidas que pretenden evitar la realización de actos anticipados de campaña, lo cierto es que se genera una afectación excesiva al derecho humano de la libertad de expresión, al anular que los candidatos, los medios de comunicación y la ciudadanía en general lo ejerzan, tanto en su dimensión individual como colectiva durante la etapa de intercampaña. Una intervención a un derecho, en este caso la libertad de expresión, que prohíbe su realización totalmente, no resulta proporcional en cuanto a que no se concreta a prohibir o regular ciertas condiciones en el ejercicio de ese derecho, sino que lo nulifica por completo.

Desde mi perspectiva, conforme a lo previsto en la Constitución, los tratados y otros instrumentos internacionales,⁵ así como a los criterios jurisprudenciales señalados, **el derecho fundamental de la libertad de expresión guarda una posición de privilegio frente a otros derechos y sus limitaciones deben estar previstas expresamente en la norma.** Adicionalmente, estas limitantes deben ser aplicadas de forma restrictiva; es decir, en todo momento debe favorecerse el ejercicio de la libertad de expresión y aplicarse taxativamente. Si la Constitución, los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte y las leyes expedidas por el legislador ordinario no establecen una restricción expresa en el ejercicio de este derecho esta autoridad está impedida a establecer alguna limitación sobre este particular, tal y como se pretende a través de la prohibición para que los medios de comunicación celebren debates en los que participen candidatos a cargos de elección popular o la participación en mesas de análisis o rondas en las que acudan más de un candidato.

Transgresión al principio de legalidad

En los artículos 14, párrafo segundo y 16, párrafo primero de la Constitución se establece el principio de legalidad, conforme al cual, las autoridades sólo pueden hacer aquello que las leyes expresamente les faculta. Este principio constituye una garantía al derecho fundamental a la seguridad jurídica que pretende evitar que las autoridades realicen injerencias arbitrarias a la esfera jurídica de los gobernados.

⁵ Así, por ejemplo, en la resolución AG/RES. 2523 (XXXIX-o/09), de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, aprobada en la cuarta sesión plenaria del 4 de junio de 2009, se instó a los Estados Miembros a que aseguraran, dentro del marco de los instrumentos internacionales de los que sean parte, el respeto a la libertad de expresión en los medios de comunicación, incluyendo radio y televisión, y en particular, el respeto a la independencia y libertad editorial de los medios de comunicación, así como examinar sus procedimientos, prácticas y legislación, para garantizar que toda limitación que se pueda imponer al derecho a la libertad de opinión y expresión esté expresamente fijada por la ley y sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En esa medida, el principio de legalidad impone un régimen de facultades expresas en el que **todo acto de autoridad que no represente el ejercicio de una facultad expresamente conferida en la ley a quien lo emite, se considerará arbitrario y, por ello, contrario al derecho a la seguridad jurídica**, lo que legitima a las personas para cuestionar la validez de un acto desajustado a las leyes.⁶

Ahora bien, en el artículo Segundo de los Transitorios del Decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Constitución en materia política-electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014, se dispuso que el Congreso de la Unión expediría, entre otras, la ley general que regulara los procedimientos electorales, en particular, lo relativo a las **reglas aplicables al ejercicio de la libertad de los medios de comunicación para organizar y difundir debates entre candidatos a cualquier cargo de elección popular.**

En ese sentido, en el artículo 218, párrafo 6 de la LGIPE se dispone que los medios de comunicación nacionales y locales podrían organizar libremente debates entre candidatos, siempre y cuando cumplieran con lo siguiente: a) se comunique al Instituto o a los institutos locales, según corresponda; b) participen por lo menos dos candidatos de la misma elección, y c) se establezcan condiciones de equidad en el formato, es decir, **se estableció la posibilidad de que los medios de comunicación organizaran debates entre candidatos a cargos de elección popular, sin más limitación que el deber de informarlo a las autoridades administrativas electorales, que participen al menos dos candidatos y se realicen con formatos que garanticen la equidad.**

⁶ Tesis IV.2o.A.51 K, "PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CARACTERÍSTICAS DE SU DOBLE FUNCIONALIDAD TRATÁNDOSE DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DIVERSO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL JURISDICCIONAL", Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, febrero de 2014, p. 2239.

Como se puede advertir, la facultad para regular lo relativo a la organización de debates se confirió al legislador ordinario, sin que éste haya establecido una cláusula habilitante para que esta autoridad electoral impusiera otras restricciones relacionadas con este tópico.

Desde mi punto de vista, este Acuerdo, en la parte que se analiza, excede las facultades que tiene este Instituto y, por tanto, constituye una transgresión al principio de legalidad, porque la facultad para establecer las reglas aplicables al ejercicio de la libertad de los medios de comunicación para organizar y difundir debates entre candidatos a cualquier cargo de elección popular, por disposición constitucional, compete al legislador ordinario y no a la autoridad administrativa electoral.

En todo caso, considero que correspondía al legislador establecer expresamente en la ley la restricción de organizar y difundir debates por parte de los medios de comunicación en la etapa de intercampañas, así como la prohibición para que los candidatos participen tanto en ese tipo de actos como en mesas redondas o de análisis en las que concurren más de un candidato, con independencia de que dichas restricciones superarán o no un test de constitucionalidad.

Con base en lo anterior, estimo que los debates a que se refiere el artículo 218 numeral 6 de la LGIPE, que únicamente pueden realizarse en la etapa de campaña, son aquellos de naturaleza electoral en donde los candidatos pueden hacer llamados expresos al voto a favor de su candidatura o en contra de otra fuerza política, o bien, publicitar una plataforma electoral o posicionar a alguien, pues ello podrá ser considerado un acto anticipado de campaña.

Considero que **ni la Constitución ni la ley prohíben que los medios de comunicación puedan organizar debates en la etapa de intercampaña, en los que participen los candidatos para confrontar sus ideas, en el ejercicio de su libertad de expresión, siempre que no incurran en actos anticipados de campaña.** Tampoco existe prohibición

para que los candidatos puedan acudir a mesas redondas o de análisis de los medios de comunicación en las que participe más de un candidato.

La limitación establecida claramente por el TEPJF, a través de la Jurisprudencia 4/2018, señala que durante intercampañas los candidatos no deberán realizar llamados expresos e inequívocos al voto en favor de ellos o en contra de otra fuerza política o candidatura por cualquier medio de difusión, o bien, publicitar una plataforma electoral o posicionar a alguien con el fin de obtener una candidatura, pues ello podrá ser considerado un acto anticipado de campaña.

Además, desde mi punto de vista corresponderá analizar a la Comisión de Quejas y Denuncias de este Instituto y al TEPJF, en el ámbito de sus competencias, si las manifestaciones realizadas por los actores políticos trascienden al conocimiento de la ciudadanía y que, valoradas en su contexto, afectan la equidad en la contienda, lo que a su vez permitirá, de manera más objetiva, llegar a conclusiones sobre la intencionalidad y finalidad de un mensaje, así como generar mayor certeza y predictibilidad respecto a qué tipo de actos configuran una irregularidad en materia de actos anticipados de precampaña y campaña. Con ello **se acota la discrecionalidad de las decisiones de la autoridad y se maximiza el debate público al evitar, de forma innecesaria, la restricción al discurso político y a la estrategia electoral de los partidos políticos y de quienes aspiran u ostentan una candidatura.**⁷ Por ello sostengo que es inadmisibile establecer a través de un Acuerdo un criterio general que implique

⁷ Jurisprudencia 4/2018, "ACTOS ANTICIPADOS DE PRECAMPAÑA O CAMPAÑA. PARA ACREDITAR EL ELEMENTO SUBJETIVO SE REQUIERE QUE EL MENSAJE SEA EXPLÍCITO O INEQUÍVOCO RESPECTO A SU FINALIDAD ELECTORAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y SIMILARES)", Pendiente de publicación en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

una restricción al derecho fundamental a la libertad de expresión, tal y como lo aprobó la mayoría del Consejo General.

Por las razones expuestas y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26, párrafo 6 del Reglamento de Sesiones del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, presento voto particular respecto del punto único del orden del día de la Sesión Extraordinaria del Consejo General del INE celebrada el pasado el 19 de febrero de 2018.

ATENTAMENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'BNacif', written in a cursive style.

Dr. Benito Nacif Hernández
Consejero Electoral