

La experiencia mexicana en la regulación de las campañas negativas (2006-2018): entre la protección de la imagen de los políticos y la libre discusión de los asuntos públicos

Benito Nacif*

Introducción

Las elecciones presidenciales de 2006 han sido las más reñidas en la historia de la democracia en México no sólo por lo estrecho del margen que separó a Felipe Calderón Hinojosa (FCH), el ganador de la contienda, sobre el segundo lugar, Andrés Manuel López Obrador (AMLO), sino también por los cambios en la intención del voto reportados en las encuestas en los meses previos a la elección. Según los estudios de opinión publicados, al inicio de las campañas, AMLO, el candidato de la coalición “Por el Bien de Todos” (PBT) formada por PRD, PT y Convergencia, destacaba como el claro puntero, con una ventaja de alrededor del 10% (Chappell y Moreno 2017). Su posición lo volvió el blanco natural de ataques por parte de sus oponentes, quienes buscaron cuestionar tanto su credibilidad como sus propuestas de política pública.

Quizás el spot más conocido fue el difundido en televisión por el PAN, durante el mes de abril, en el que criticaba las políticas “populistas” del

* El autor es profesor de la División de Estudios Políticos del CIDE. Desempeñó el cargo de Consejero Electoral del IFE (2008-2014) y del INE (2014-2020). Agradece la asistencia de Jimena Sotelo Gutiérrez y Jorge Egrén Moreno en la preparación de este capítulo. La responsabilidad por el contenido corresponde exclusivamente al autor.

candidato presidencial de la coalición PBT, que remataba con la frase AMLO “es un peligro para México”. Pero antes, el equipo de campaña de Roberto Madrazo Pintado (RMP), candidato de la coalición “Alianza por México” (APM) formada por PRI y PVEM, sacó al aire una serie de spots en los que cuestionaba la motivación detrás de la decisión de AMLO de no asistir al primer debate entre candidatos presidenciales y la participación de algunos integrantes de su equipo de trabajo como Jefe de Gobierno del Distrito Federal —René Bejarano, Secretario Particular; Gustavo Ponce, Secretario de Finanzas, y Carlos Ímaz, Jefe Delegacional de Tlalpan— en escándalos de corrupción.

Los promocionales o spots de carácter negativo no eran del todo nuevos en México. Uno de los primeros antecedentes lo encontramos en la campaña del año 2000, en un spot que responde con sorna a la crítica que hiciera el candidato del PRI, Francisco Labastida, al candidato de la coalición PAN-PVEM, Vicente Fox por emplear un lenguaje inapropiado durante el primer debate presidencial. El promocional, que destaca el momento en que Fox tacha de mañosos y corruptos a los miembros del PRI, si bien fue uno de los más conocidos de la campaña de 2000, pasó sin dar lugar a un litigio electoral.

En 2006, sin embargo, la historia sería muy diferente, a pesar de que la ley electoral era la misma. Por un lado, los spots negativos irrumpieron por primera vez como parte central de las campañas presidenciales. El equipo de la campaña atacada reaccionó con sendas quejas ante el IFE y luego con impugnaciones ante la Sala Superior del TEPJF. Las resoluciones del IFE y, sobre todo, las sentencias de la Sala Superior marcan el inicio del experimento regulatorio sobre campañas negativas en México que es materia de este capítulo.

De haberse dado el tratamiento habitual a las quejas presentadas por la coalición PBT contra los spots negativos que cuestionaban a su candidato presidencial, se habrían encausado por el procedimiento ordinario sancionador (POS), lo cual significaba que las resoluciones del IFE habrían llegado una vez pasadas las elecciones. El POS preveía plazos de hasta 60 días para iniciar la instrucción de la queja y aprobar un proyecto de resolución. Este era el trámite que se daba a las quejas relacionadas con la propaganda electoral de los partidos políticos en radio y televisión, aun cuando los spots se habían convertido en un instrumento crucial para las estrategias electorales de los partidos

políticos desde que obtuvieron recursos del financiamiento público para contratarlos.

No es que el equipo de campaña de AMLO tuviera las manos atadas. Mientras la queja se resolvía, tenía los medios para contratar spots y responder a los ataques de sus adversarios. De hecho, en el mes de abril de 2006, la coalición PBT sacó al aire un spot en el que la escritora y simpatizante de AMLO, Elena Poniatowska, aparecía defendiendo a su candidato presidencial y criticando al PAN por jugar sucio y calumniar. Además, la coalición PBT buscó acelerar la intervención de la autoridad electoral al impugnar ante la Sala Superior del TEPJE, el acuerdo por el que el Consejo General del IFE había denegado la solicitud de ordenar la suspensión de los promocionales denunciados por carecer de atribuciones para ello.

El TEPJE resolvió a favor a la CBT y ordenó al IFE iniciar un procedimiento sancionador expedito, no previsto en la Constitución ni en la ley, para resolver la queja presentada por la coalición PBT en contra de coalición APM. Esta resolución del TEPJE, junto con la sentencia en la que analiza la queja presentada en contra del PAN por la difusión del promocional “López Obrador es un peligro para México”, fue el primer paso en la construcción de un nuevo régimen de protección del derecho a la honra y el buen nombre de candidatos, partidos políticos e instituciones en general. A ellos siguieron otras medidas que se incorporaron con la reforma político-electoral de 2007-2008 en el que: 1) se llevó a la ley el nuevo procedimiento sancionador expedito creado por el TEPJE, 2) se le otorgó al INE la atribución para ordenar medidas cautelares, y 3) se elevó a rango constitucional la prohibición a los partidos políticos de utilizar su propaganda para calumniar a las personas y denigrar a las instituciones.

El propósito de este artículo es analizar la experiencia en la aplicación del nuevo régimen diseñado para la protección del derecho a la honra y el buen nombre de candidatos y partidos políticos, así como su evolución a lo largo de los primeros doce años en los que ha estado vigente. En la primera parte se describen las nuevas garantías para vigilar la observancia de las restricciones al discurso político de candidatos y partidos, que han permitido una acción más rápida y eficaz de la autoridad electoral al proteger el derecho a la reputación. La segunda parte presenta el alcance de las prohibiciones específicas

que se establecieron en la ley y las complicaciones que ha resultado en su aplicación. La tercera parte analiza la doctrina de la libertad de expresión de la SCJN y los esfuerzos de las autoridades electorales, a menudo inconsistentes y contradictorios, por armonizar la protección a la honra y el buen nombre con el mandato constitucional de garantizar la libre discusión de los asuntos de interés público. La tercera parte aborda la reforma político-electoral de 2014 y la forma en que tanto la autoridad administrativa como jurisdiccional en materia electoral emprendieron cierta liberalización del discurso político. Finalmente, la última parte revisa el impacto de las reglas procesales referentes a la imposición de cargas probatorias en los procedimientos sancionadores en materia de calumnia y plantea la pertinencia de someterlas a revisión.

Nuevas garantías para proteger el derecho a la imagen

Como se planteó en la introducción de este capítulo, durante la campaña presidencial de 2006, la coalición encabezada por AMLO fue objeto de críticas en los promocionales contratados por la coalición APM. Con el fin de combatir estos promocionales, la coalición PBT presentó una solicitud al Consejo General del IFE para que éste ordenara la suspensión de los promocionales que, a su juicio, violaban la Constitución. El Consejo General rechazó esta solicitud por considerar que la vía idónea para tramitar esta petición era el procedimiento ordinario sancionador y no un acuerdo; de lo contrario, podría afectarse el derecho al debido proceso de la coalición denunciada.¹

La coalición encabezada por López Obrador apeló la resolución del IFE ante el TEPJ. La Sala Superior falló a su favor. Determinó que el procedimiento ordinario establecido en la ley era inadecuado para

¹ Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por el que se ordena a la coalición “Alianza por México” que retire aquellos promocionales que transmite en radio, televisión e internet, que no cumplen con lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Aprobado el 15 de marzo de 2006.

prevenir irregularidades o restaurar el orden jurídico violado dentro de una contienda electoral. Con el fin de tutelar efectivamente el derecho a la justicia de la coalición denunciante, ordenó establecer un nuevo procedimiento sumario preventivo o especializado, en el cual se redujeran los tiempos de tramitación y resolución previstos para el POS. Su intención era que la autoridad pudiera detener y sancionar aquella propaganda que quebrantara las normas en materia de propaganda de los partidos políticos dentro del mismo periodo electoral. Es así como desde la sede jurisdiccional se dictaron las reglas —con etapas, plazos y pruebas admisibles— que el IFE debería de seguir para tramitar este procedimiento sumario. Con esa consigna el IFE sustanció el primer procedimiento especializado sancionador aplicando los lineamientos marcados por el TEPJF (TEPJF 2006, SUP-RAP-17/2006).

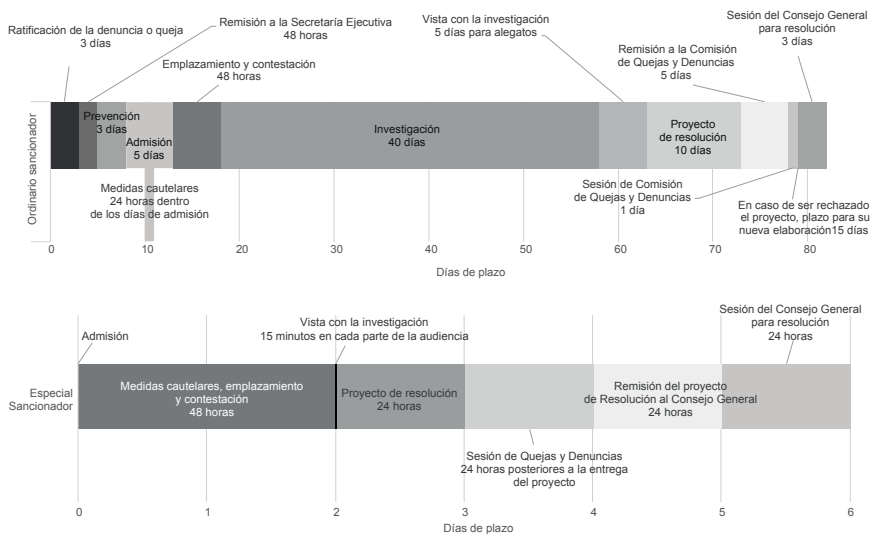
En una decisión sin precedentes este órgano jurisdiccional materialmente legisló al establecer un nuevo procedimiento no previsto en ley y optó por privilegiar el derecho de acceso a la justicia sobre el de legalidad. La constitucionalidad de la decisión es cuestionable, porque el órgano jurisdiccional en materia electoral invadió la esfera de autoridad del Poder Legislativo. Sin embargo, el mismo Congreso de la Unión la avaló con la reforma político-electoral de 2007-2008, al retomar casi por completo las normas creadas por el TEPJF.

Al incorporar el procedimiento especial sancionador (PES) a la legislación electoral, el legislador lo concibió como un instrumento que daría eficacia a diversas disposiciones, las cuales existían desde el *Cofipe* publicado en 1990, pero que carecían de una vía rápida y oportuna para garantizar su observancia. Lo definió como un procedimiento expedito que se instauraría dentro de los procesos electorales para conocer conductas que contravinieran las normas sobre propaganda política o electoral, entre las que se encontraban las siguientes: la prohibición de denigrar a las instituciones y calumniar a las personas; los actos anticipados de precampaña y campaña; la compra y adquisición de tiempos en radio y televisión; y la propaganda gubernamental que violara lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución.

La autoridad competente, que en ese entonces era el IFE, estaba obligada a tramitar las quejas, desahogar la audiencia de pruebas y alegatos y emitir la resolución de fondo por parte del Consejo General en cinco días —plazo aún menor al previsto originalmente por el TEPJF

en 2006. En consecuencia, la autoridad electoral podría, en tan solo cinco días, cancelar de forma definitiva transmisión de un promocional calumnioso y sancionar a los sujetos responsables de su difusión (véase en figura 1 plazos promedio en POS y PES).

Figura 1. Plazos promedio en POS y PES



Fuente: Elaboración propia con datos de Molina (2014).

No conformes con la brevedad de este plazo, los legisladores establecieron otro mecanismo que aseguraría de forma contundente la protección del derecho al honor y a la buena imagen de los candidatos e instituciones aludidas: las medidas cautelares. Esta fue la principal innovación de la reforma político-electoral de 2007-2008 relacionada con la regulación de las campañas negativas.

Las medidas cautelares son un instrumento de naturaleza precautoria que facultaban tanto a la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE como a su Consejo General para ordenar la suspensión inmediata de la difusión de la propaganda que, a su juicio y de manera preliminar, presumiera la violación de alguna norma en materia electoral. Con esta herramienta, se previó que los quejosos no tuvieran que esperar hasta la resolución de fondo para detener la difusión de la propaganda que consideraran calumniosa o denigratoria. Era suficiente con que acompañara a su queja una solicitud de medidas cautelares para que la autoridad

electoral se pronunciara de forma anticipada y sin la posibilidad de valorar las pruebas de la parte denunciada, respecto de la posible suspensión de la propaganda. Dados los plazos establecidos por el legislador, en aproximadamente 72 horas posteriores al inicio de un PES, podría comenzar a suspenderse la transmisión de los promocionales difundidos en radio y televisión.

No se puede entender la reforma político-electoral de 2007-2008 sin comprender la importancia de la inclusión del PES y las medidas cautelares como mecanismos que dotaban de eficacia a las disposiciones que regulaban las campañas negativas. Estos nuevos instrumentos permitieron que la autoridad electoral interviniera de manera inmediata ante la difusión de propaganda denigratoria o calumniosa. Sin embargo, en la aplicación de este nuevo procedimiento la autoridad electoral y los propios partidos políticos se enfrentaron a diversas cuestiones no previstas por el legislador, entre las que destacan los plazos establecidos en la ley y su efecto directo de limitar el ejercicio de la libertad de expresión e inhibir la discusión de asuntos de interés público.

La primera de estas consecuencias imprevistas tiene que ver con el tiempo de tramitación del PES. El PES fue concebido como un procedimiento sumario, de carácter dispositivo, en el que los denunciantes desde un inicio aportarían las pruebas necesarias para acreditar su dicho. Sólo si se cumplía este requisito sería posible desahogar una audiencia de pruebas y alegatos dentro de las 48 horas siguientes a su presentación y que en el quinto día el Consejo General emitiera una resolución de fondo.

Bajo este supuesto, las medidas cautelares dictadas tendrían una vigencia aproximada de tres días. Si la resolución del Consejo declaraba fundada la falta, ordenaría la cancelación permanente de la propaganda denunciada y se sancionaría al culpable. En caso de que la queja resultara infundada, el partido político denunciado podría volver a difundir o transmitir dicha propaganda. En este caso, con el dictado de una medida cautelar, la restricción a la libertad de expresión del partido denunciado y el derecho de la ciudadanía a conocer la información se vería afectado por un plazo relativamente breve. Debido a la naturaleza de las pruebas, la realidad fue muy distinta.

En la mayoría de las quejas denunciadas los actores sólo aportaban indicios de la posible realización de las conductas violatorias de la nor-

matividad, razón por la cual, el IFE se encontraba en la necesidad de emprender diversas diligencias de investigación con el objeto de acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que ocurrieron las conductas denunciadas. El IFE utilizaba la infraestructura desarrollada para cumplir sus obligaciones como administrador único de los tiempos oficiales en radio y televisión destinados a fines político-electorales, con el fin de verificar la transmisión de los spots y comprobar la realización de las conductas denunciadas. En algunos casos, la identificación de los spots denunciados implicaba revisar grabaciones de las señales de un número grande de emisoras, lo cual no siempre podía hacerse de forma automática.

La complejidad de la tarea de allegarse de las pruebas necesarias para emitir una resolución significaba que, en los hechos, el IFE tardaba más de cinco días, incluso semanas, en admitir el procedimiento y llamar a las partes a la audiencia de pruebas y alegatos. Desde luego, esta situación escapó de la consideración del legislador, que simplemente asumió que los PES podían sustanciarse de forma expedita. La dilación de la autoridad para emitir la resolución de fondo implicó que la supresión de los spots mediante medidas cautelares se mantuviera por mucho más tiempo del originalmente previsto. Bajo esta realidad, el derecho de los partidos políticos a manifestarse sobre asuntos de interés público y el de la ciudadanía a conocer la información se ven afectados por el dictado de alguna medida cautelar a partir de una mera presunción de ilegalidad basada en la apariencia del buen derecho. Los efectos prorrogados de las medidas cautelares pueden tener también causar daños irreparables a una campaña de comunicación política, especialmente durante una contienda electoral en las que el *timing* de los mensajes resulta esencial.

Este procedimiento que inició como un experimento del TEPJF para detener la difusión de las campañas negativas que transgredieran los límites de la ley en teoría parecía un mecanismo para garantizar la vigencia del Estado de Derecho en materia electoral. En los hechos, sin embargo, se convirtió en un instrumento de campaña para, mediante el litigio electoral, descarrilar la estrategia de comunicación de los adversarios o evitar la ventilación de un asunto inconveniente en los spots de los partidos políticos de radio y televisión. Al mismo tiempo, volvió la intervención de las autoridades electorales en las campañas más frecuente, impredecible y discrecional.

El alcance de las prohibiciones a la propaganda político electoral

La reforma político-electoral de 2007-2008 elevó a rango constitucional la prohibición de calumniar a las personas o denigrar a las instituciones u otros partidos políticos en la propaganda difundida por los mismos partidos políticos. Por ello suele atribuírsele la ilegalización de las campañas negativas. Sin embargo, esta percepción es incorrecta. De hecho, la reforma electoral desreguló parcialmente los contenidos de la propaganda de los partidos políticos al reducir la lista de prohibiciones legales dirigidas a proteger los derechos a la imagen y la reputación que existían desde el Cofipe de 1990.

En efecto, el artículo 38 del Cofipe que estuvo vigente hasta la reforma político-electoral de 2007-2008 prohibía a los partidos políticos incluir en su propaganda cualquier expresión “que implicara diatriba, calumnia, infamia, injuria, difamación o denigración a los ciudadanos, las instituciones públicas, otros partidos políticos y sus candidatos”. En otras palabras, la ley cerraba prácticamente cualquier espacio a las campañas negativas. La reforma electoral acotó las restricciones a dos —calumniar personas y denigrar instituciones— y les dio rango constitucional al incorporarlas en el artículo 41 de la ley fundamental.

Sin embargo, por omisión o por diseño, los legisladores se abstuvieron de incorporar en la ley una definición de los términos calumnia y denigración. Dejaron en manos de las autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia electoral la determinación del alcance de estas prohibiciones y el desarrollo de los criterios para su aplicación. El IFE y el TEPJF procedieron de forma casuística. Aunque en un principio sus resoluciones y sentencias no habían seguido una doctrina que brindara total claridad y estabilidad en la interpretación de la ley, en general, ambas instituciones optaron por la mayor protección posible al derecho a la reputación y la imagen. Hay tres aspectos de la aplicación de las restricciones a los contenidos de la propaganda en la que se refleja dicha tendencia: a) la definición de los términos calumnia y denigración, b) el estándar probatorio para acreditar las infracciones a la ley y c) la legitimidad procesal para interponer quejas.

Por lo que concierne a la definición de los términos calumnia y denigración, los legisladores que aprobaron la reforma político-electoral de 2007-2008 consideraron innecesaria su definición en la ley. Tácitamente delegaron la tarea a las autoridades administrativas y jurisdiccionales, de la misma forma que el Cofipe de 1990 lo hacía con los términos diatriba, calumnia, infamia, injuria, difamación y denigración. El único cambio relevante fue el trato diferenciado a las personas y a las instituciones. Mientras que el Cofipe amparaba de igual manera a ciudadanos, instituciones públicas, partidos políticos y candidatos, la reforma político-electoral de 2007-2008 brindaba una protección más amplia a las instituciones, incluidos los partidos políticos, que a las personas. Las primeras quedaron protegidas contra cualquier contenido denigrante, mientras que las segundas sólo contra la calumnia. Con todo, ambos conceptos eran susceptibles a diversas interpretaciones.

En el caso de la denigración, las autoridades electorales interpretaron que la prohibición constitucional brindaba protección a las instituciones contra cualquier tipo de expresión que dañara su imagen o reputación. Pero en el procedimiento sancionador la acreditación de la falta no requería probar el daño. Bastaba con que la propaganda incluyera expresiones que en sí mismas resultaran denigrantes. Así, la instrucción de las quejas en materia de denigración se basaba casi de forma exclusiva en el análisis del contenido de la propaganda. Se dirigía a identificar las diferentes acepciones de las palabras o expresiones utilizadas. El espacio para el juicio subjetivo de la autoridad era enorme. Casi siempre las palabras tienen múltiples acepciones y el significado depende del contexto. Naturalmente pueden existir diversas interpretaciones de una misma expresión. A menudo la instrucción de la queja se limitaba a identificar las diferentes acepciones consignadas en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, distinguir aquellas que eran intrínsecamente denigrantes y seleccionar la que a juicio de la autoridad correspondía al mensaje materia de la queja. El resultado de este método era frecuentemente impredecible.

En general, la tendencia que prevaleció en las resoluciones del IFE y las sentencias de la Sala Superior del TEPJF fue decididamente a favor de la protección del derecho a la imagen y buen nombre de las instituciones. En un caso que refleja el extremo al que llegó el alcance de la prohibición de denigrar, la Sala Superior llegó a argumentar que ni

siquiera la referencia a hechos históricos, cuya mención pudiera dañar la imagen de instituciones o partidos políticos, estaba amparada por la libertad de expresión. Este caso, conocido como “Sopa de Letras” surgió a raíz de una denuncia del PRI en contra de propaganda publicada por el PAN en diversos diarios y revistas durante la intercampaña del Proceso Electoral Federal 2008-2009. En dicha propaganda aparecía un crucigrama que daba la oportunidad al lector de imputarle ciertas características a los gobiernos del PRI, entre los que se encontraban las palabras: complicidad, impunidad, transa, narco, corrupción, pobreza, censura, robo, represión, abuso y crimen. Al final incorporaba la leyenda: “Amenazan con regresar. ¿Los vas a dejar?”

La mayoría del Consejo General del IFE determinó declarar fundada la queja por denigración, e imponer una multa por esta falta. A su juicio, las expresiones contenidas en la “Sopa de Letras” tenían el único propósito de demeritar la imagen del PRI sin fundamentación o motivación alguna y sin aportar nada al desarrollo de una opinión pública mejor informada. Posteriormente, la Sala Superior del TEPJF confirmó esta decisión y en defensa de los derechos a la imagen del PRI señaló que “la constitución prohíbe a los partidos el empleo de cualquier expresión que denigre, aun cuando sea a propósito de una opinión o información y a pesar de que los calificativos pudieran encontrar apoyo en la literatura, la ciencia o la historia” (TEPJF 2009, SUP-RAP-81/2009, 116-117).

Por lo que a la calumnia concierne, las autoridades se enfrentaron a un dilema similar. Debían optar entre una definición amplia o estrecha del concepto. Entre más estrecha la definición mayor libertad tendrían los partidos políticos para diseñar el contenido de la propaganda y más abierto quedaba este canal para transmitir información a la ciudadanía y viceversa. Una interpretación restrictiva del significado de calumnia habría exigido criterios que eliminaran la subjetividad en el análisis legal de los contenidos. Por otra parte, una interpretación amplia permitiría imputar calumnia con la sola referencia a hechos o conductas no probados que causen un daño a la imagen o la reputación del quejoso. Al igual que en el caso de denigración, el IFE y la Sala Superior del TEPJF optaron por la interpretación más amplia, con el fin de brindar la mayor protección al derecho a la imagen y la reputación de las

personas, sin importar que se trataran asuntos de interés público o que los aludidos fueran figuras públicas.

En segundo lugar, las autoridades electorales tenían que establecer el estándar probatorio que aplicarían a los promocionales para determinar si eran denigratorios o calumniosos. Aquí también tendrían que elegir entre fijar un umbral de prueba alto o bajo para juzgar la legalidad de los mensajes. Un umbral bajo tendría el efecto de promover la presentación de quejas y elevar la litigiosidad en torno a la propaganda de los partidos políticos. Por el contrario, un umbral alto desalentaría la presentación de quejas y la judicialización del debate.

En particular, el IFE y el TEPJF enfrentaban una disyuntiva: exigir la presencia de imputaciones expresas o abrir la posibilidad de que a partir de imputaciones tácitas se pudiera probar la calumnia y la denigración. La primera alternativa implicaba aumentar los requisitos probatorios exigiendo la presencia de expresiones que directamente y de forma inequívoca denigraran o calumniaran para reducir al mínimo el trabajo de interpretación realizado por el juzgador.² La segunda alternativa consistía en bajar el umbral probatorio para permitir al juzgador relacionar expresiones dentro del mismo mensaje que concatenadas entre sí podrían resultar calumniosas o denigrantes, o incluso permitir al juzgador realizar “interpretación de contexto” y relacionar expresiones vertidas en los mensajes con elementos externos como otros mensajes, noticias, etc., con el fin de identificar un significado implícito que resultara denigrante o calumnioso para los aludidos.³

² Aquí se pudo haber procedido de la misma forma que la Suprema Corte de Justicia de E.U. para distinguir entre propaganda electoral (*express advocacy*) y la promoción de una causa pública (*issue advocacy*). Para que un mensaje encuadre dentro del concepto de propaganda electoral y, por lo tanto, esté sujeto a las restricciones legales previstas para este tipo de discurso, se requiere que contenga *expresiones que directamente* inviten a votar a favor o a abstenerse de votar por un candidato.

³ La interpretación de contexto se adoptó temporalmente en E.U. con el fin de distinguir entre *express advocacy* e *issue advocacy* en algunos casos resueltos por la Corte Federal del VII Circuito con sede California. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de E.U. terminó declarándola inconstitucional por considerarla violatoria de la Segunda Enmienda. En México, la Sala Superior del TEPJF empezó a aplicar la interpretación de contexto desde 2006 al pronunciarse sobre la legalidad de los spots del Consejo Coordinador Empresarial durante la calificación de la elección presidencial. En este caso, la Sala Superior concluyó que los mensajes, a pesar de que no hacían referencia expresa a ningún partido político o candidato, eran propaganda electoral a favor del PAN, PVEM y PRI, y en consecuencia ilegales.

Aunque en algunos casos el IFE y el TEPJF se pronunciaron por estándares probatorios altos con el fin de proteger la libertad de los partidos de expresar críticas y en beneficio de un debate abierto y una opinión pública informada, la tendencia predominante en un principio fue a favor de la más amplia tutela del derecho a la imagen y la reputación por parte de las autoridades electorales. Entre los escasos ejemplos en los que el TEPJF optó por exigir un umbral de prueba elevado para demostrar la calumnia y la denigración se encuentra la sentencia sobre los spots de la “mafia en el poder” pautados por el PT en 2010. En estos mensajes, el partido político criticaba la decisión de las autoridades electorales de suspender la difusión de uno de sus promocionales. Dicha decisión la atribuía a la “mafia del poder que se adueñó de México, responsable de la actual tragedia nacional” y que quería “silenciar a la verdadera oposición”. La voz que narraba el texto del mensaje no se refería a ninguna persona o institución en específico, pero las imágenes presentadas eran las del expresidente Carlos Salinas de Gortari, el entonces presidente Felipe Calderón y la dirigente del sindicato de maestros, Elba Esther Gordillo. Ante la ausencia de una imputación expresa que resultara denigrante o calumniosa, el TEPJF concluyó que el mensaje se encontraba amparado por el derecho a la libertad de expresión (TEPJF 2011a, SUP-RAP-192/2010 y 193/2010 acumulados).

Sin embargo, en la mayoría de los casos la Sala Superior del TEPJF se pronunció a favor de estándares probatorios más bajos que soltaban las manos de la autoridad electoral para imponer sanciones aun en la ausencia de expresiones que de forma directa e inequívoca resultaran denigratorias o calumniosas. En varias ocasiones, la Sala Superior ordenó al IFE elaborar una “análisis integral” de las expresiones e imágenes de los promocionales a fin de identificar algún mensaje que “explícita o implícitamente” tuviera por objeto denigrar a las instituciones o calumniar a las personas. En sus propias sentencias, el TEPJF se habilitó a sí mismo y al IFE para interpretar el significado del mensaje recurriendo a elementos externos a fin de comprobar la existencia de una intención o estrategia dirigida a denostar a alguien. Así, expresiones que en sí mismas no eran consideradas ofensivas o vejatorias, al vincularse con las vertidas en otros promocionales o con información del conocimiento público, podían adquirir un significado distinto y caer en la ilegalidad.

La aplicación de estos criterios tuvo un punto crítico en las elecciones a Gobernador de Baja California en 2013 en las que se desató una campaña negativa en contra del candidato de la coalición “Alianza Unidos por Baja California”, encabezada por el PAN. En diversos promocionales de radio y televisión pautados por el PRI y la coalición “Compromiso por Baja California” se acusaba a Arturo Vega de Lamedrid, entre otras cosas, de haberse adueñado de terrenos del Municipio de Tijuana cuando fungió como Presidente Municipal. En estos casos, la Comisión de Quejas y Denuncias y el Consejo General del IFE consideraron que no se advertía la utilización de términos que por sí mismos fueran calumniosos, razón por la cual no se actualizaba el supuesto de calumnia. La Sala Superior del TEPJF revocó en más de una ocasión las determinaciones de estos órganos al determinar que de la apreciación del contexto integral de los promocionales denunciados se podía advertir un contenido lesivo a la dignidad y honra del candidato a Gobernador, particularmente al asociar directamente las imágenes y las frases que en ellos se presentaban. Incluso en la discusión de uno de estos casos se planteó la posibilidad de vincular los promocionales a otros que no eran objeto del procedimiento que se estaba analizando (*vid.* TEPJF, 2013a/b/c, SUP-RAP-89/2013, SUP-RAP-108/2013 y SUP-RAP-127/2013).

El problema con la denigración o calumnia tácitas, así como la interpretación de contexto es que abren un enorme espacio al juicio subjetivo. Más aún, cuando se recurre a estas modalidades de análisis de contenido sin un método, la actuación de la autoridad se vuelve impredecible y el resultado de los procedimientos incierto. La adopción de la denigración o calumnia tácitas, así como la interpretación de contexto, se llevaron a cabo sin que el TEPJF definiera reglas y criterios generales que acotaran la discrecionalidad de la autoridad electoral. Por ejemplo, no quedaba claro qué tanto se podía recurrir a elementos externos al mensaje para hacer la interpretación de contexto, qué hacer en caso de que existieran diversas interpretaciones posibles de las mismas expresiones o si había algún criterio de razonabilidad que guiara la selección de significados de un mismo mensaje.

Por último, la Sala Superior del TEPJF tampoco aclaró en sus sentencias por qué una garantía procesal para proteger la libertad de expresión como la obligación de probar “real malicia” había quedado sin

aplicación en casos de calumnia relacionados con la propaganda político electoral. La SCJN adoptó desde 2010 la real malicia como el estándar probatorio requerido en el derecho civil para imputar faltas en contra de la reputación y la imagen, y exigir la reparación del daño moral cuando los quejosos son figuras públicas. Dicha regla de probanza traslada la carga de la prueba al quejoso y lo obliga a demostrar no sólo que la información difundida es falsa, sino que se difundió a sabiendas que lo era (o con clara negligencia respecto a su veracidad) con la intención maliciosa de dañar la reputación o la imagen de una persona. No obstante que desde 2010 la Primera Sala de la SCJN estableció estos criterios, como se verá en un apartado subsecuente, pasarán varios años más antes de que el Tribunal Electoral los empiece a aplicar en la resolución de casos de calumnia en los mensajes que forman parte de la campaña de comunicación de los partidos políticos (SCJN 2013, Tesis: 1a./J. 38/2013 (10a.)).

Finalmente, por lo que se refiere a la legitimación procesal para interponer quejas contra expresiones denigratorias o calumniosas en la propaganda político electoral, el Cofipe aprobado en 2008 siguió dos políticas diferentes. En el caso de denigración a las instituciones o partidos políticos, dejó en manos de las autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia electoral determinar quiénes tenían interés jurídico para presentar quejas. En el caso de la calumnia a las personas, la propia ley limitó la legitimación a las personas aludidas en la propaganda. En la aplicación de la ley, sin embargo, el TEPJF amplió la legitimación procesal.

En la resolución del expediente SUP-RAP-213/2010, la Sala Superior del TEPJF determinó que los partidos políticos no tienen la legitimación para presentar una queja en contra de propaganda que calumnie a sus militantes o a terceros. Sin embargo, sí lo puede hacer cuando esa propaganda genere una afectación a sus intereses o un menoscabo a su imagen como partido político. Con este criterio se amplió el requisito de procedencia expresamente previsto en el Cofipe y se abrió una nueva puerta para la presentación de quejas (TEPJF 2010, SUP-RAP-213/2010).

En la misma lógica, en la resolución del expediente SUP-RAP-482/2011, la Sala Superior interpretó que la hipótesis “parte afectada” no debía interpretarse en el sentido de que únicamente puede

ser actualizada por el ente a quien de manera directa está destinada la difusión de propaganda que denigre o calumnie, “sino por cualquiera que material o jurídicamente resienta una influencia o alteración en sus derechos, aun cuando no se le mencione o refiera de manera expresa del acto tildado de ilegal” (TEPJF 2011b, SUP-RAP-482/2011).

En la reforma político-electoral de 2014, los legisladores continuaron levantando las restricciones al contenido de la propaganda de los partidos al suprimir la prohibición de denigrar a las instituciones y a los partidos políticos del artículo 41 constitucional. Además de que la nueva Legipe incluyó una definición de calumnia como la imputación de hechos o delitos falsos con impacto en un proceso electoral (Legipe, Artículo 471, párrafo segundo). Con estos actos se ha buscado reducir la discrecionalidad de las autoridades administrativas y jurisdiccionales. No obstante, los problemas persisten.

Con una interpretación estricta de estos conceptos será necesario probar la imputación de un delito no comprobado ante la autoridad competente. Bajo la doctrina de la real malicia, adoptada en diversas sentencias de la SCJN (SCJN 2013, Tesis: 1a./J. 38/2013 (10a.); 2015, Tesis: 1a. XL/2015 (10a.)), también se exigiría demostrar la intención de imputar un hecho calumnioso con el conocimiento de que éste es falso. Es decir, con la interpretación estricta del alcance de la prohibición de calumniar y denigrar el nivel de exigencia probatoria se eleva. Desde luego, al extender el alcance de la prohibición hasta la denigración o calumnia tácita (interpretación amplia) se abre la puerta al juicio subjetivo de la autoridad y el estándar probatorio deja de basarse en elementos meramente objetivos.

La doctrina de la libertad de expresión de la SCJN

Tras la reforma político-electoral de 2007-2008, que elevó a rango constitucional la prohibición de calumniar a las personas o denigrar a las instituciones en la propaganda de los partidos, la Sala Superior del TEPJF y, en consecuencia, el IFE, adoptaron una interpretación restrictiva del ámbito de protección brindado por la libertad de expresión a esta modalidad del discurso político.

El TEPJF asumió que las autoridades electorales tenían la responsabilidad de tutelar la honra y la reputación de las personas por tratarse de derechos fundamentales. En la jurisprudencia 11/2008 declaró que la libertad de expresión “no era absoluta” y encontraba su límite donde empezaba el derecho a la honra y la reputación. Así cualquier expresión en la propaganda política que invadiera esta esfera protegida debía considerarse ilegal. En otras palabras, se absolutizaba el derecho a la honra y la reputación.

Esta visión restrictiva del ámbito de protección de la libertad de expresión prevaleció en la etapa inicial de aplicación del nuevo régimen y se reflejó tanto en el otorgamiento de medidas cautelares por parte de la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE como en las sentencias de la Sala Superior del TEPJF. Era compatible con los criterios seguidos al tomar definiciones e interpretaciones amplias de denigración y calumnia, relajar los estándares probatorios y ampliar la legitimidad procesal para la presentación de quejas.

Sin embargo, un par de cambios legislativos y judiciales —más allá del ámbito electoral— empezaron a incidir en los criterios de aplicación de las prohibiciones de calumniar y denigrar en la propaganda de los partidos políticos. El primero de ellos fue la reforma al artículo primero de la Constitución que desde 2011 obliga a todas las autoridades del Estado mexicano a interpretar las normas del ordenamiento de la forma en que más favorezcan los derechos humanos y, por el contrario, aplicar de manera estricta y limitada las restricciones a éstos.

El segundo cambio y no por ello menos importante fue el desarrollo de la doctrina de la libertad de expresión por parte de la SCJN. Hay tres criterios importantes que se desprenden de las sentencias y tesis de jurisprudencia que ha emitido la SCJN en los últimos años y que deben traducirse en directrices para otras autoridades.

En primer lugar tenemos la doble dimensión, individual y colectiva, de la libertad de expresión. En el ámbito internacional se ha reconocido que el derecho a la libertad de expresión protege no sólo al individuo que se manifiesta y divulga sus pensamientos e ideas, sino también a colectividad que recibe la información. Esta concepción ha sido integrada al sistema jurídico mexicano a través de la jurisprudencia 25/2007 emitida por el Pleno de la SCJN (SCJN 2007, Tesis: P./J. 25/2007), en la que también se señala que la libertad de expresión

garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden. En consecuencia, cualquier limitación a la libertad de expresión afecta de forma simultánea al individuo que pretende manifestarse y a la colectividad que desea recibir esa información. La doble dimensión que entraña este derecho hace que ostente un alcance especial de protección (Opinión Consultiva 5/85, Corte Interamericana de Derechos Humanos, noviembre 13 de 1985).

La doble dimensión de la libertad de expresión obliga a las autoridades a no tratar las quejas relacionadas con propaganda política-electoral como una simple disputa entre particulares, especialmente cuando versan sobre asuntos de interés público. De lo contrario, se deja de lado la vertiente social de la libertad de expresión que garantiza que los ciudadanos cuenten con la mayor información posible y estén en condiciones de ejercer una ciudadanía activa.

En segundo lugar, tenemos el criterio de la protección especial al discurso político en una democracia. Dicha protección se manifiesta en presunciones a favor de la libre expresión y estándares probatorios exigentes al momento en que una autoridad se pronuncia sobre la legalidad de actos de expresión relacionados con asuntos de interés público. La SCJN ha sostenido que las autoridades deben garantizar la libre difusión del discurso político, el cual es “especialmente relevante para que la libertad de expresión cumpla cabalmente con su posición estratégica en el proceso por el que la opinión pública se forma en el marco funcional de la democracia representativa”. En la misma línea, ha reconocido a los partidos políticos como titulares del derecho a la libre expresión, debido a que los mismos desempeñan un papel preponderante en la formación de la opinión pública porque su naturaleza es constituir un puente entre los ciudadanos y sus representantes (SCJN 2006, Acción de Inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006). Al sostener que éstos deben ser considerados como agentes centrales, profesionales y permanentes de la formación de la opinión pública, coloca su discurso y sus expresiones bajo la más amplia protección de los artículos primero y sexto constitucional.

En esta misma línea, en la Acción de Inconstitucionalidad 45/2006, la SCJN sostuvo que el derecho a la libertad de expresión tiene un estatus

superior en la jerarquía de derechos fundamentales, una posición de *primus inter pares* o de preferencia respecto a otros derechos. Por tanto, los límites que quieran imponerse a la misma con motivo de la protección de otros derechos constitucionalmente protegidos tienen que estar sometidos a condiciones muy exigentes. Esta posición preferente no significa que en todos los casos el derecho a la dignidad o el derecho al honor tengan que ceder ante la libertad de expresión. Significa que al resolver el conflicto entre estos derechos, la autoridad debe partir de la presunción en favor de la libertad de expresión y utilizar estándares probatorios exigentes, que eliminen la subjetividad y la discrecionalidad, en atención a la importancia de proteger debate público y garantizar el derecho a la información de las personas.

Esta protección especial obedece a que durante las campañas electorales los partidos políticos y candidatos están en posibilidad de confrontar sus propuestas, ideas y opciones políticas. En ellas se presentan críticas a las aptitudes de quienes aspiran a ocupar un cargo público y se reprocha o exalta a aquellos funcionarios que se desempeñaron previamente en alguna responsabilidad pública. En esta etapa de crítica y contraste que los ciudadanos acceden a la información necesaria para razonar y decidir su voto. Es así que la libre discusión de asuntos de interés público debe ser garantizada porque representa una forma de control ciudadana sobre el ejercicio del poder.

En tercer lugar tenemos el criterio de la “real malicia” o el derecho a equivocarse. De acuerdo con esta doctrina, para estar en presencia de una expresión calumniosa no solo es necesario que se acredite la imputación de un hecho falso, también es necesario que pruebe que se difundió a sabiendas de su falsedad o con la intención de generar daño. La SCJN también ha incorporado al sistema jurídico mexicano el criterio de la real malicia en diferentes sentencias (SCJN 2015, Tesis: 1a. XL/2015 (10a.); SCJN 2013, Tesis: 1a./J. 38/2013 (10a.)). Este criterio resulta fundamental al momento de acreditar la denigración y la calumnia, ya que eleva el estándar probatorio exigido para tenerlas por demostradas.

La doctrina de la real malicia creada por la Suprema Corte de Estados Unidos de América representa un estándar que impide sancionar cualquier afectación a los derechos a la imagen y da prioridad al derecho a través del cual se ventilan los asuntos de interés público. Bajo

este estándar las autoridades sólo podrán sancionar cuando exista el dolo manifiesto de difundir hechos falsos con el propósito de dañar a alguien. Incluso las expresiones falsas deberán quedar amparadas bajo el derecho a la libre expresión de las ideas en caso de que las autoridades no cuenten con elementos para probar este actuar doloso. La exigencia de un estándar probatorio de este tipo garantiza la protección a las manifestaciones que se expresen en el desarrollo del debate político y con ello evita su penalización en beneficio de un debate desinhibido y una a sociedad mejor informada.

En cuarto lugar, tenemos el criterio de distinción entre figuras públicas y personas privadas, según el cual el umbral de protección al derecho a la imagen de las primeras es menor en aras de proteger de proteger la libre discusión de los asuntos de interés público. En otras palabras, en un sistema democrático, las figuras públicas tienen un deber de tolerancia a la crítica por encima de los ciudadanos particulares. En el amparo en revisión 2044/2008, la SCJN expresó su posición respecto al grado de protección de los derechos al honor y a la vida privada de las personas que desempeñan o aspiran a ocupar un cargo público. En esta sentencia, la SCJN afirma que dichas personas 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, debido a que ellas han decidido desempeñar una actividad pública que exige un escrutinio intenso de sus actividades. Asimismo, sostiene que 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.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso v. Panamá* sostuvo que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones, debido a que el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad. Esta situación lo coloca en un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, pero también les otorga la posibilidad de contar con una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tristán Donoso v. Panamá*, enero 27 de 2009, párrafo 122).

A partir de los cuatro criterios descritos se advierte que la SCJN rechaza la visión restrictiva de la libertad de expresión que prevaleció en la primera etapa de aplicación —después de la reforma político-electoral de 2007-2008— y se pronuncia a favor de estándares probatorios más exigentes para acreditar la calumnia y la denigración en aras de proteger el debate libre y desinhibido de asuntos de interés público.

Como resultado de la aplicación de la doctrina de la libertad de expresión esbozada por la SCJN a la propaganda de los partidos, la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE, a partir del año 2011 adoptó como condición necesaria para configurar la calumnia un estándar probatorio más elevado. Sólo procedía la tutela preventiva cuando había evidencia clara e inequívoca de la imputación de delito o falta sin que mediara sentencia o resolución por parte de autoridad competente. Esa medida liberalizó parcialmente la comunicación de los partidos políticos y abrió un espacio para el regreso de las campañas negativas durante el Proceso Electoral Federal 2011-2012. Finalmente, la medida se incorporó en la legislación electoral con la reforma de político-electoral de 2014 (Legipe, Artículo 471, párrafo 2).

Los criterios de la SCJN fueron también importantes para la reforma constitucional que suprimió la prohibición de denigrar instituciones o partidos políticos en la propaganda política. Este cambio representó otro paso adelante en la liberalización de las campañas de comunicación de los partidos, pues la prohibición ilegalizaba la crítica a la actuación las instituciones públicas o de los propios partidos políticos.

Un viraje en defensa de la libertad de expresión

Con la última reforma constitucional en materia electoral del año 2014, se modificaron las reglas de tramitación del PES y se creó una nueva autoridad jurisdiccional —la Sala Regional Especializada (SRE)— que detenta la competencia para resolver el fondo de estos procedimientos. Como resultado de la reforma, el INE únicamente investiga las infracciones previstas en la Base III del artículo 41 constitucional, integra el expediente y lo somete a conocimiento y resolución de esta

nueva Sala del TEPJF. Finalmente, las resoluciones emitidas por la SRE pueden ser impugnadas ante la Sala Superior a través del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador.

Por lo que hace a la competencia para decretar las medidas cautelares solicitadas en estos procedimientos, la Comisión de Quejas y Denuncias (Comisión) y el Consejo General del INE conservaron la facultad para dictaminarlas. Esto significó que, a partir de la reforma, si en una queja presentada por calumnia se solicita el dictado de medidas cautelares, la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral (UTCE) propone a la Comisión de Quejas la procedencia o la improcedencia de éstas. La resolución de la Comisión también es revisable por la Sala Superior mediante el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador.

Con independencia de la decisión que adopte la Comisión en la fase cautelar, la UTCE debe continuar con la investigación, desahogar la audiencia de pruebas y alegatos y, una vez concluida ésta, turnar el expediente a la SRE para su resolución. En consecuencia, ahora existen tres autoridades competentes para conocer, en alguna etapa, denuncias en materia de calumnia y propaganda negativa. El INE en una cuestión preliminar o cautelar, la SRE al resolver las cuestiones de fondo y la Sala Superior como autoridad revisora de ambas instancias.

Un efecto no previsto de la división de las facultades y competencias en torno a la tramitación y resolución de las distintas etapas del procedimiento es la posibilidad de que se generen distintas interpretaciones y criterios sobre una misma propaganda, lo que se podría traducir en una falta de certeza para los actores políticos respecto de lo que se puede decir o no dentro de una campaña. Un ejemplo de ello sucedió en el caso de un spot difundido en 2016, durante las elecciones a gobernador del Estado de Aguascalientes (TEPJF 2016, SUP-REP-129/2016).

Se trató de un promocional de televisión pautado por el PAN en el que se criticaba la gestión de los políticos priistas, a los que se les acusaba de no cumplir sus promesas; también se señalaba que, a su candidata a gobernadora, Lorena Martínez Rodríguez, se le acababa de descubrir que compró una casa de más de 10 millones de pesos, misma que ocultó en su declaración patrimonial cuando fue presidenta municipal. Finalizaba con las frases: “Ella no merece gobernar Aguascalientes” y “Nos mintió y se enriqueció”.

En un primer momento, la Comisión de Quejas y Denuncias del INE declaró la improcedencia de las medidas cautelares. Sin embargo, la Sala Superior revocó su decisión y ordenó la suspensión del promocional denunciado. Posteriormente, en la resolución de fondo, la SRE determinó la existencia de calumnia en contra de la candidata a gobernadora y sancionó al PAN con una amonestación pública. En última instancia, al revisar la sentencia emitida por la Sala Regional, la Sala Superior estimó que el contenido del promocional, aun y cuando se trataba de una crítica fuerte y vigorosa, se enmarcaba en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión en tanto se trata de un tema de interés general. Además de que las frases utilizadas no implicaban por sí mismas la posible imputación falsa de un delito.

Es justo esta multiplicidad de interpretaciones sobre el contenido de un mismo mensaje, una de las principales muestras de la necesidad de establecer un método con criterios objetivos que permita definir la actuación de las distintas autoridades electorales en los casos de calumnia. Con ello no solo se garantizaría de forma efectiva la tutela de los derechos a la libertad de expresión y de información, sino también los principios de imparcialidad y certeza, rectores del proceso electoral.

A favor de la reforma en materia de competencias también debe decirse que fue quizás el cambio de autoridad resolutoria, a una sede alejada de la politización y la intervención de los partidos políticos, lo que permitió cambiar el rumbo de las decisiones en materia de propaganda negativa y libertad de expresión. También es cierto que la definición expresa en la Legipe colaboró a acotar el concepto de calumnia y, por tanto, reducir las interpretaciones subjetivas en torno a su aplicación.

Este cambio fue visible en los procesos electorales locales de 2016 y 2017, así como en las elecciones federales celebradas en 2018. En dichos procesos, el debate crítico y la libertad de expresión se sobrepusieron a los derechos al honor y a la buena reputación que tanto se habían protegido en los años anteriores, tal y como se plasmaba en la jurisprudencia 14/2007.

En esta jurisprudencia emitida en el año 2007 expresamente se reconocía que “la honra y dignidad, son valores universales construidos con base en la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos, de ahí que, a partir del menoscabo o degradación de los atributos

de la personalidad es factible ilustrar sobre la vulneración de los derechos fundamentales precitados”. A partir de esta premisa se sostenía que cualquier tipo de expresión con el fin primordial de denigrar o degradar el nombre, estado civil, nacionalidad o la capacidad de los oponentes electorales, implicaba una vulneración de derechos fundamentales.

La jurisprudencia 11/2008 reforzó este criterio restrictivo del derecho a la libertad de expresión, al sujetarlo a límites subjetivos respecto a la afectación a la imagen y reputación de las personas, a pesar de que al mismo tiempo se habla en ella de proteger la discusión de asuntos de interés público y de ampliar el margen de tolerancia a las opiniones críticas. En diversas sentencias, por ejemplo, se argumenta que las expresiones y opiniones críticas —emitidas por los partidos, militantes, simpatizantes y candidatos— sólo serán lícitas cuando, según la apreciación del juzgador, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática. No sólo eso, además se condiciona la legalidad de las manifestaciones a que en ningún momento rebasen el derecho a la honra y a la dignidad de terceros.

Estas consideraciones hablan de la protección que la autoridad jurisdiccional brindó en un principio al derecho a la imagen al grado de absolutizarlo; protección que se mantuvo durante el proceso electoral federal 2008-2009 y varios procesos electorales locales subsecuentes. Los argumentos a favor del escrutinio crítico de los servidores públicos y los candidatos, en aras de favorecer y ampliar el debate de los asuntos de interés público, sólo más adelante empezarían a tener un impacto más efectivo en resoluciones y sentencias.

Como se vio en el apartado anterior, la SCJN avanzó en este tiempo, a través de diversos precedentes, en la creación de una doctrina de la libertad de expresión, la cual comenzó a verse reflejada poco a poco en las decisiones de las autoridades electorales. En el caso de la Sala Superior se puede advertir el inicio de este cambio de visión en la tesis 31/2016, en la que se observan dos cuestiones importantes respecto a la interpretación de la restricción a la libertad de expresión de la jurisprudencia 14/2007.

En primer lugar, en este nuevo criterio jurisprudencial se destaca la importancia del debate e intercambio de ideas entre los actores

políticos y el electorado en una sociedad democrática, el cual debe ser tanto positivo como crítico, a fin de que la ciudadanía tenga acceso a la información y los elementos necesarios que les permitan definir el sentido de su voto. Además de que expresamente señala que la crítica desinhibida, abierta y vigorosa se encuentra tutelada por la Constitución.

En segundo lugar, el nuevo criterio acota las restricciones a la libertad de expresión en materia política-electoral a las expresiones que calumnien a las personas, especificando que ésta se actualiza cuando se difunde información relacionada con actividades ilícitas. Mientras que de forma tácita reconoce que las opiniones críticas no pueden sujetarse al canon de veracidad, por otro lado, sostiene que cuando la información difundida impute delitos al sujeto agraviado, sí es necesario que existan “elementos convictivos suficientes”, de lo contrario el emisor incurre en la calumnia, una conducta prohibida por la Constitución. De acuerdo con la Sala Superior, la carga negativa que la imputación de un delito puede producir en la reputación y dignidad está protegida cuando existe una justificación racional y razonable, y esto sólo ocurre cuando la información difundida es veraz.

La distinción entre hechos y opiniones al aplicar el canon de veracidad ha sido sostenida por la Sala Superior en varias sentencias, en las que, retomando un criterio emitido por la SCJN (SCJN 2009, Tesis: 1a. CCXX/2009), ha señalado que la expresión de opiniones no puede calificarse como verdadera o falsa, mientras que los hechos son susceptibles de prueba. Para el caso en que se examinen expresiones mixtas —informativas y valorativas—, se ha dicho que es necesario separarlas y, en caso de ser imposible y ante la duda, la presunción de legalidad debe prevalecer (TEPJF 2018, SUP-REP-143/2018, 26). Estos precedentes representan un avance en la protección de la libre expresión de las ideas en el debate político-electoral.

Otro criterio expresado en principio por la SCJN y adoptado en los últimos años por el TEPJF es el relacionado con la real malicia. La Sala Superior ha establecido que para acreditar la calumnia se necesita la concurrencia de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero se refiere directamente a la imputación de hechos o delitos falsos que tengan impacto electoral; el segundo versa sobre el conocimiento previo por parte del emisor de la falsedad de los hechos o

delitos imputados (*Vid.* SUP-REP-89/2017, SUP-REP-109/2017 y SUPREP-137/2017).

Al desarrollar conceptualmente el elemento subjetivo, la Sala Superior hace suya la doctrina de la malicia efectiva. No basta la mera negligencia o descuido para acreditar la calumnia, sino que “se requiere un nivel mayor de negligencia, una negligencia inexcusable, o una `temeraria despreocupación’”. En consecuencia, será necesario demostrar el conocimiento directo sobre la falsedad de los hechos difundidos. En otras palabras, debe probarse que el emisor era consciente de esa inexactitud en la información, además de que disponía de los recursos que le permitían verificar, de manera inmediata y sin mayor esfuerzo la información (TEPJF 2018, SUP-REP-143/2018, 27).

Un ejemplo de la aplicación de la doctrina de la real malicia en materia electoral es el caso contra Sicre, Yepiz, Celaya y Asociados S.C., que se presentó durante el periodo de precampañas de las elecciones presidenciales de 2018. La queja se interpuso por la difusión de información falsa en el Internet relacionada con el entonces precandidato del PAN a la presidencia de la República, Ricardo Anaya Cortés (RAC). La nota publicada afirmaba que RAC había anunciado su desistimiento de la búsqueda de la candidatura presidencial y su declinación a favor de José Antonio Meade Kuribreña (JAMK), entonces precandidato del PRI al mismo cargo.

En un primer momento, la SRE decidió sancionar a esta persona moral por calumnia, al acreditarse que ordenó la divulgación de la información sin sustento fáctico y con malicia efectiva. A juicio de esta autoridad, con esta propaganda se pretendió confundir a la ciudadanía al asociar frases a un video, realizado años atrás, que hacía parecer que RAC declinaba a su precandidatura presidencial a favor de JAMK. Por tanto, el colegiado consideró que existían elementos para determinar que los mensajes constituían la propagación de hechos falsos respecto de los cuales “no se tuvo un mínimo estándar de debida diligencia en la investigación y comprobación”. Además, la empresa no aportó prueba alguna que demostrara lo contrario.

Una cuestión fundamental que surge en torno a este caso es que la SRE extendió el alcance de la prohibición constitucional de calumnia en materia electoral, dirigida expresamente a partidos políticos, simpatizantes, militantes y candidatos, a un particular. La Sala Superior,

que conoció el asunto en revisión, coincidió con este criterio de SRE en lo general. Sustuvo que brindaba una mayor protección a los bienes constitucionales de objetividad, equidad y certeza, que deben imperar en los procesos electorales. Cabe aclarar que el PRI fue exonerado debido a la inexistencia de un vínculo entre este partido y la empresa involucrada.

Sin embargo, en caso particular, la Sala Superior señaló que, al no encontrarse las personas morales expresamente como sujetos activos de calumnia en los preceptos constitucionales y legales, sumado a la falta de comprobación de un nexo entre la empresa sancionada y algún sujeto sí vinculado por las normas electorales era procedente revocar la decisión de la SRE. No obstante, adelantó la posibilidad de que, en un caso distinto, dadas las condiciones y el contexto específico, sí sería posible sancionar a particulares por calumnia en materia electoral.

Al final, la Sala Superior determinó revocar su resolución de la SRE debido a que no se comprobó el llamado “elemento objetivo” para acreditar la calumnia en materia electoral. La propaganda sólo se difundió de forma restringida entre quienes visitaban la página de Internet, por lo que la exigencia relativa al impacto en el proceso electoral quedada sin colmarse. En consecuencia, la Sala Superior ya no se detuvo a analizar las cuestiones referentes a la real malicia.

Como se puede apreciar el TEPJF han modificado poco a poco el tratamiento que le otorga a los casos de calumnia, incorporando los criterios fijados por la SCJN. Aunque en un principio la aplicación de la doctrina desarrollada por la SCJN en materia electoral careció de sistematicidad y consistencia, se puede decir que con el paso del tiempo y la acumulación de precedentes, se ha venido consolidando como un referente que rige en materia de propaganda negativa, en beneficio de un debate vigoroso y abierto y a una opinión pública mejor informada.

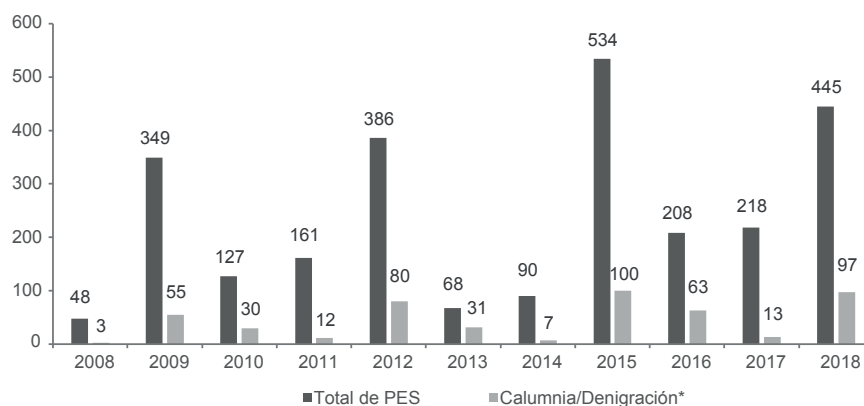
Finalmente, el caso antes expuesto tiene una relevancia adicional: consituye uno de los primeros precedentes jurisdiccionales en materia de las “noticias falsas” o *fake news*, un asunto que ha llamado poderosamente la atención de la opinión pública y de los especialistas en materia electoral. En esta sentencia en particular, a pesar que la queja se declaró infundada, la Sala Superior del TEPJF estableció un criterio que puede resultar de utilidad en el futuro. Determinó que si se difunde información falsa por Internet, las redes sociales o cualquier otro

medio de comunicación, la conducta podría encajar en el tipo infractor correspondiente a la calumnia. Las autoridades electorales serían competentes para conocer estos asuntos si la difusión tiene un impacto en un proceso comicial. Pero sólo podrán reprochar y sancionar la conducta si se acredita la malicia efectiva.

La importancia de las reglas procesales en materia de calumnia

Desde que la calumnia se incluyó en la Constitución como conducta infractora en materia electoral, las quejas relacionadas con esta falta han representado un porcentaje significativo del total de los PES. Si bien la cantidad de quejas por calumnia aumentan o disminuyen por una diversidad de causas ajenas a las autoridades electorales (entre las que se incluyen el número de elecciones locales o federales celebradas, el grado de competitividad de la contienda y las estrategias de campaña de los partidos políticos), también es cierto que la utilización de criterios subjetivos y la falta de fidelidad a los precedentes han promovido el litigio relacionado con conductas que pueden encajar en el tipo de calumnia (véase gráfica 1).

Gráfica 1. Procedimientos especiales sancionadores (2008-2018)

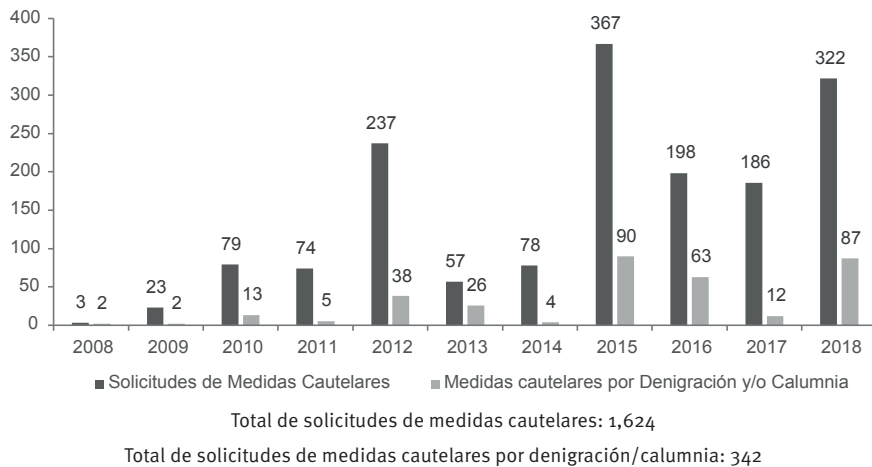


Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por la UTCE-INE.

* A partir de 2016 sólo fue por calumnia.

A pesar de que, a partir de 2015 el TEPJF comenzó a adoptar un criterio más estricto en la interpretación del concepto de calumnia, la cantidad de solicitudes de medidas cautelares no solo no disminuyeron, sino que se incrementaron, tal y como puede observarse en la Gráfica 1.

Gráfica 2. Solicitud de medidas cautelares (2014-2018)



Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por la UTCE-INE.

Este fenómeno puede obedecer a que, aunque los criterios judiciales han buscado liberalizar el debate y la discusión política en los últimos años, lo cierto es que por mucho tiempo se careció de un método claro y uniforme para resolver este tipo de asuntos. La liberalización del discurso político ha sido inconsistente. Mientras en algunas sentencias se comenzaba a hacer referencia a la doctrina de la real malicia en otras este estudio no aparecía.

Otro factor que ha influido en el aumento de las quejas con solicitud de medidas cautelares —que buscan suspender provisionalmente y de forma casi inmediata la propaganda denunciada por calumnia— son los criterios establecidos en torno a las cargas probatorias. Las cargas probatorias establecen las reglas procesales que definen, entre otras cuestiones, quién debe probar un hecho y quién se verá afectado si no se logra probar cierto hecho. La distribución de esta carga influye directamente en la tramitación de un proceso judicial, pues suponen riesgos y ventajas en la resolución a favor de una parte u otra.

En general, quien acusa o afirma contrae la obligación de probar, sin embargo, esta regla cambia de acuerdo con el tipo de proceso del que se trate, ya sea civil, administrativo o penal. En el caso de calumnia en materia electoral, la Sala Superior del TEPJF ha establecido que la carga probatoria corresponde al emisor del mensaje —la defensa—, quien deberá presentar elementos fácticos suficientes que evidencien que actuó con diligencia mínima y que descarten la negligencia inexcusable o la “temeraria despreocupación” (TEPJF 2018, SUP-REP-143/2018, 65-67). Por tanto, a la parte acusadora le impuso el deber de argumentar, más no de probar sus alegatos, pues a juicio de esta Sala, la naturaleza negativa de la negligencia o la falta de cuidado —al dejar de hacer algo— impide exigir su comprobación.

De acuerdo con este criterio, basta con que la parte denunciante acuse a la denunciada para iniciar el trámite de una queja por calumnia. Al quejoso no se le exige probar el elemento subjetivo. Queda totalmente liberado de la carga de presentar evidencia tendiente a acreditar la intención de difundir información a sabiendas de su falsedad. La responsabilidad se traslada totalmente a la defensa, quien tiene que demostrar que actuó con la diligencia mínima o, planteado en de otra forma, que no actuó con negligencia inexcusable o “temeraria despreocupación”.

El traslado de la carga probatoria a la parte acusada afecta la fase cautelar del procedimiento. Al tratarse de una etapa de revisión preliminar, en la que no es posible realizar demasiadas diligencias de investigación, la Comisión de Quejas y Denuncias del INE está impedida para hacer una valoración integral del asunto que pueda implicar un estudio de fondo. Limita las posibilidades al acusado de presentar las pruebas descargo a tiempo y con ello impedir que se ordene la suspensión de la difusión de su propaganda. Esta situación de desventaja en la que queda el emisor estimula la presentación de quejas con solicitud de medidas cautelares, a pesar de que en el estudio de fondo éstas puedan resultar infundadas.

La distribución de las cargas probatorias en casos de calumnia, tal y como ocurre actualmente, no obedece a la naturaleza —ya sea afirmativa o negativa— de los hechos objeto de prueba. Tampoco puede justificarse como una aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual el peso de la prueba recae en la parte que se encuentra en posesión de las evidencias o en mejores condiciones

de aportarla; menos como una ponderación debidamente fundada de los derechos de las partes en el proceso que sustente el exigir al acusado que pruebe la legalidad de su mensaje, a fin de evitar que la autoridad suspenda su difusión.

Imponer la carga probatoria al denunciado parece más bien una reminiscencia de viejas interpretaciones que absolutizaban los derechos a la imagen y al honor de partidos políticos y candidatos, de manera que cualquier afectación podía ser objeto de reproche sin importar el interés social en promover el debate crítico, abierto y desinhibido de los asuntos de interés público. En la etapa cautelar del procedimiento, el criterio puede funcionar como un arma en manos de partidos políticos y candidatos para silenciar la crítica y eludir el escrutinio público durante las campañas electorales.

Tampoco se puede pasar por alto que esta regla probatoria aplicada por el TEPJF va contrapelo del principio constitucional de presunción de inocencia, que en el marco de un proceso penal hace recaer en el Ministerio Público toda la responsabilidad de la probanza. Esta situación contribuye al problema de falta de certeza e inseguridad jurídica que ha estado presente desde el inicio del experimento mexicano con la regulación de las campañas negativas.

Las reglas procesales relativas a la imposición de las cargas probatorias son igual de relevantes que la definición sobre el concepto de calumnia. Pueden llegar a impactar y a restringir el derecho a la libertad de expresión de los distintos agentes políticos, particularmente en la etapa cautelar. En consecuencia, resulta conveniente la revisión de los criterios a fin de adecuarlos al conjunto de normas e interpretaciones que buscan dar un lugar preponderante a la libertad de expresión y promover la discusión abierta y desinhibida de los asuntos públicos durante las contiendas electorales.

Conclusión

A lo largo de este capítulo se mostró como las autoridades electorales y particularmente la Sala Superior del TEPJF, han desempeñado un papel preponderante en la regulación de las campañas negativas. No se puede entender el tratamiento actual de la propaganda crítica o de

contraste en México sin acudir al origen jurisdiccional del PES o sin el análisis de los criterios jurisdiccionales —en materia de derechos humanos, civiles y electorales— en la materia. Si bien los cambios constitucionales y legales son de gran importancia, éstos en gran medida están fuertemente vinculados a las decisiones tomadas desde la sede jurisdiccional.

Después de las elecciones de 2006, se endureció la aplicación de las restricciones a la libertad de expresión en materia electoral, se estableció un criterio de interpretación amplio del concepto de calumnia y se avaló la interpretación de contexto, que dejaba en la esfera de lo subjetivo la resolución de cada caso en materia de propaganda negativa. Con la reforma al artículo primero constitucional de 2011, el desarrollo de la doctrina de la libertad de expresión por parte de la SCJN y la adopción de criterios judiciales internacionales en este tema, principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas restricciones fueron relajándose y la liberalización del debate, la crítica y la discusión álgida de los asuntos públicos fue incrementándose.

A lo largo de la última década se ha avanzado en el desarrollo de criterios en torno a la definición de concepto legal de calumnia, la ponderación de los derechos a la imagen frente a la libertad de expresión y la aplicación de la doctrina de la real malicia. El deber de ponderar derechos, la exigencia de estándares más altos y, en general, la doctrina de la libertad de expresión de la SCJN empezó a tener un impacto en las resoluciones y sentencias de las autoridades electorales. Sin embargo, queda aún camino por recorrer en lo que concierne a la claridad y la estabilidad de los criterios, dos elementos necesarios para el pleno Estado de derecho en la materia.

La discusión doctrinal respecto a la regulación de las campañas negativas en México ha evolucionado. Atrás quedó la absolutización del derecho a la imagen y la honra de actores políticos y el trato a las querrelas sobre la legalidad del discurso político como si fueran un mero conflicto entre particulares. La incorporación de la doctrina sobre la libertad de expresión a las resoluciones y sentencias en materia electoral significó la aplicación de las garantías de carácter procesal diseñadas para proteger el escrutinio crítico y la discusión abierta de asuntos interés público en una sociedad democrática. Se ha avanzado hacia una definición más acotada del concepto de calumnia, así como

en la utilización de las presunciones jurídicas a favor de la libertad de expresión. El mayor pendiente tiene que ven con estándares de prueba que privilegien la objetividad y limiten la discrecionalidad de la autoridad, así como con una distribución de cargas probatorias apegada al principio constitucional de presunción de inocencia. ♣

