



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

Propaganda encubierta: libertad de expresión en colisión con el principio de equidad democrática. Una crítica de las sentencias SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016, desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy

TESIS

que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ADOLFO ULISES LEÓN LÓPEZ

ASESOR

DR. JAIME CÁRDENAS GRACIA

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



SEMINARIO DE DERECHO ELECTORAL
FACULTAD DE DERECHO

FD/SDE/019/2019

LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE

DIRECTORA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PRESENTE

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho inscrita en este Seminario por el alumno **Adolfo Ulises León López**, con número de cuenta **308090914**, bajo la dirección del **Dr. Jaime Fernando Cárdenas Gracia**, registrada ante este Seminario como **“Propaganda encubierta: libertad de expresión en colisión con el principio de equidad democrática. Una crítica de las sentencias SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016, desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy”**, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en el artículo 10, punto número 8, del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de la Facultad de Derecho, otorgo mi **APROBACIÓN** de la tesis y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

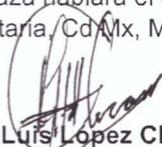
Cabe señalar que el contenido de las ideas expuestas en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad del autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción II del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20 y 28 del Reglamento General de Exámenes Profesionales, solicito a usted ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del examen profesional del alumno mencionado.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes, contados de día a día, a partir de aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que, transcurrido dicho plazo sin haber llevado a efecto el examen, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que sólo podrá otorgarse nuevamente si el trabajo recepcional conserva su actualidad y, en caso contrario, hasta que haya sido actualizado, todo lo cual será calificado por la Secretaría General de esta Facultad.

Sin otro particular, reciba un afectuoso saludo.

Atentamente
“Por mi raza hablará el espíritu”
Ciudad Universitaria, Cd. Mx, Marzo 13, 2019.


Dr. José Luis López Chavarría
Director del Seminario

Oficina: 56221680

*A Angélica, mi madre, y a la memoria
de Teresa, mi abuelita*

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo 1. Derecho y opinión pública	3
1.1. ¿Qué es la opinión pública?.....	5
1.1.1. Como control social.....	7
1.1.2. Como producto racional.....	8
1.1.3. Como proceso integral.....	12
1.2. Modelo de comunicación político-electoral.....	13
1.2.1. Antecedentes.....	13
1.2.2. Regulación vigente.....	16
1.3. Interpretación judicial del modelo de comunicación.....	26
1.3.1. Propaganda encubierta.....	30
1.3.1.1. Periodística.....	32
1.3.1.2. En publicidad comercial.....	33
1.3.1.3. En internet.....	36
Capítulo 2. Derecho como argumentación	38
2.1. El porqué de la argumentación.....	38
2.2. Conceptos y concepciones de la argumentación.....	41
2.2.1. Concepciones tradicionales: lógica, retórica y dialéctica.....	44
2.2.2. Concepciones según Manuel Atienza.....	45
2.2.2.1. Formal.....	45
2.2.2.2. Material.....	48
2.2.2.3. Pragmática.....	51
2.2.3. Concepción de la argumentación jurídica.....	54
2.3. Los precursores.....	55
2.3.1. Theodor Viehweg.....	55
2.3.2. Chaïm Perelman.....	58
2.3.3. Stephen Toulmin.....	61
2.4. Robert Alexy.....	64
2.4.1. <i>Teoría de la argumentación jurídica</i>	64
2.4.1.1. Elementos de la filosofía del lenguaje.....	66
2.4.1.2. Habermas y la ética discursiva.....	67
2.4.1.3. Teoría del discurso práctico general.....	68
2.4.1.4. La tesis del caso especial.....	71

2.4.1.4.1. Formas y reglas de justificación interna.....	72
2.4.1.4.2. Formas y reglas de justificación externa.....	73
2.4.2. <i>Teoría de los derechos fundamentales</i>	75
2.4.2.1. Estructura de las normas de derechos fundamentales.....	76
2.4.2.2. Teoría de los principios.....	78
2.4.2.3. Principio de proporcionalidad.....	79
2.4.2.4. Ley de ponderación.....	80
2.4.2.5. Fórmula del peso.....	81
Capítulo 3. Crítica a las sentencias SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016	85
3.1. El camino del cinismo.....	86
3.1.1. Acciones del PVEM en el proceso electoral 2015.....	90
3.1.2. Críticas al PVEM en el proceso electoral 2015.....	92
3.2. Planteamiento del caso.....	94
3.2.1. El asunto en la Sala Regional Especializada.....	96
3.3. SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016.....	100
3.3.1. Estudio de fondo.....	101
3.3.2. Resolución.....	108
3.4. Crítica metodológica.....	110
3.4.1. Errores de la Sala Regional Especializada.....	111
3.4.2. Errores de la Sala Superior.....	112
3.4.3. El problema del garantismo.....	117
3.5. Ejercicio de ponderación. La fórmula del peso.....	121
Conclusiones y propuesta	129
Fuentes de consulta	145

Introducción

Umberto Eco decía que para todos aquellos que experimentamos una “vida universitaria desilusionante o frustrante”, la tesis era la mejor oportunidad para reconciliarnos con ella, “para recuperar el sentido positivo y progresivo de su estudio”.¹ Además, por obvio o tonto que parezca, dio el mejor consejo para el momento de elegir el tema de nuestra investigación: “el que quiera hacer una tesis debe hacer una tesis que se sepa capaz de hacer”.²

El presente trabajo intenta reunir, por un lado, uno de los descuidos en mi formación: la filosofía del derecho; por el otro, mi interés en la comunicación y el periodismo. Después de barajar varias ideas, encontré que la premisa de unión es la democracia deliberativa: prevista como objetivo constitucional en nuestro artículo tercero.

La democracia deliberativa es un gobierno de opinión. Pero no de cualquier opinión, sino de aquella que es resultado de la reflexión y el diálogo. En nuestro país hay un marco normativo que —aunque disperso en varias leyes y sin llevar la mención expresa— pretende dirigir el proceso de formación de opinión. En materia electoral, a ese grupo de normas se le conoce como modelo de comunicación político-electoral y ponen énfasis en evitar la manipulación de y desde los medios de comunicación masiva.

Las controversias que se suscitan por violaciones al modelo son resueltas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través del procedimiento especial sancionador en la Sala Regional Especializada y del recurso de revisión en la Sala Superior. La mayoría de estos casos —o al menos los que despiertan las interpretaciones más interesantes— tienen en común la colisión de la libertad de expresión con el principio de equidad en la contienda y en sus resoluciones hay una tendencia para maximizar la libertad de expresión.

Durante el proceso electoral federal de 2015, cuarenta y un celebridades del espectáculo y del deporte utilizaron sus cuentas de *Twitter* para difundir

¹ Eco Umberto, *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*, Alberto Clavería Ibáñez (trad.), España, Editorial Gedisa, 1994, p. 15.

² *Ibidem*, p. 26.

propaganda a favor del Partido Verde Ecologista de México durante el periodo de veda electoral. La lectura de las sentencias que recayeron a este asunto, no hay otra palabra, es ofensiva. Los textos están plagados de incoherencias, contradicciones, y son el mejor ejemplo de los excesos a los que llega el Tribunal Electoral con el propósito —si preferimos no hablar de corrupción— de proteger los derechos fundamentales.

En este sentido, el primer capítulo estudia algunas teorías de la opinión pública, así como una parte de su regulación e interpretación vigente.

El segundo capítulo estudia la importancia de la argumentación en el derecho y, en especial, la teoría del discurso práctico general y de la argumentación jurídica, desarrolladas por Robert Alexy.

El tercer capítulo es una crítica metodológica de los expedientes SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016; y ofrece una solución diversa a partir de la ley de la ponderación y la fórmula del peso.

Una de las conclusiones es que la teoría del discurso práctico general se empata con elementos de las teorías de la opinión pública; y la teoría de la argumentación jurídica es la que mejor equilibra la inevitable tensión entre democracia y derechos fundamentales.

Finalmente, me queda por hacer una aclaración. En un momento de la investigación me percaté de que ésta se había robustecido y, en consecuencia, puede que el título no parezca el más adecuado para condensar en una sola idea todo el desarrollo. Para evitar dilaciones el título se quedó intacto, pero, si se quiere, también podría llamarse: *Regulación e interpretación de la opinión pública en materia electoral*.

Capítulo I. Derecho y opinión pública

Pese a la cantidad de discusiones que despierta el término democracia entre los modernos, acaso lo único que ha cambiado desde los antiguos “no es el titular del poder político, que siempre es el pueblo [...], sino la manera, amplia o restringida, de ejercer este derecho”.³ Si la premisa base de la democracia, aún intacta, es alcanzar un gobierno de la mayoría, la pregunta entonces es dónde encontramos la expresión de ese pueblo gobernante. Para la democracia representativa esa expresión se encapsula en el acto de elegir; para la democracia participativa, en aprobar, proponer, revocar. Sin embargo, todas estas expresiones contabilizan opiniones y éstas son resultado de un contexto previo que rebasa los periodos de campaña. De ahí que la pregunta importante sea ¿de dónde proceden y cómo se forman esas opiniones? De la respuesta que se dé depende que las decisiones sean en realidad auténticas, libres y equitativas. Aunque formalmente las votaciones se lleven a cabo con orden y transparencia, guiadas y sancionadas por un instituto autónomo del poder político, si éstas responden a “una opinión que no es libre no significan nada [...]”. Un soberano sin opiniones propias es un soberano de nada”.⁴ Por tanto, desde la democracia deliberativa, “las elecciones, son un medio para un fin, un «gobierno de opinión», es decir, un gobierno sensible a, y responsable para con, la opinión pública”.⁵

En nuestro país, a nivel federal, por un lado, hay un marco normativo diseminado que —directa o indirectamente— regula los procesos de formación de opinión. Por ejemplo, la *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*, *Ley General de Comunicación Social*, *Ley en Materia del Derecho de Réplica*, *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información*, *Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas*, *Ley sobre Delitos de*

³ Bobbio Norberto, *Liberalismo y democracia*, Segunda edición, José F. Fernández Santillán (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 2012, Breviarios (col.), No. 476, pp. 32-33.

⁴ Sartori Giovanni, *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Santiago Sánchez González (trad.), Madrid, Alianza Editorial, 1988, Ciencias Sociales (col.). p. 117.

⁵ *Idem*.

Imprenta. En el derecho electoral, esta regulación lleva el nombre de “modelo de comunicación político-electoral”. Que, en palabras del sociólogo Dominique Wolton, se define como “el espacio en que se intercambian los discursos contradictorios de los tres actores que tienen legitimidad para expresarse públicamente sobre política y que son los políticos, los periodistas y la opinión pública”.⁶

Por otra parte, en la arena judicial, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) frecuentemente destaca el papel de la opinión pública como pilar de la democracia y traza un vínculo indefectible entre ésta y la maximización de la libertad de expresión.⁷

No obstante, hay una parte de la relación entre el derecho y la opinión pública que, en mi opinión, es poco observada por la dogmática jurídica y la práctica judicial. Ésta consiste en preguntarse, desde otras ramas de estudio, qué es la opinión pública. De las respuestas que se obtengan se sabrá si es posible regularla y cómo, y por último, si su marco normativo e interpretaciones son las adecuadas. Poner sobre la mesa estos puntos constituye el propósito de este capítulo. Para ello, comienzo por exponer algunas ideas generales y conceptualizaciones de la opinión pública. Enseguida, realizo un repaso del modelo de comunicación político-electoral —con mayor detenimiento en las reformas constitucionales de 2007 y 2014—; finalmente, en las interpretaciones que el TEPJF ha dedicado al modelo, se pone especial atención en aquellos casos donde existe tensión entre la libertad de expresión y el principio de equidad en la contienda.

⁶ Wolton Dominique, “La comunicación política, construcción de un modelo”, María Renta Segura (trad.), en Ferry Jean Marc *et. al.* (coords.), *El nuevo espacio público*, Segunda edición, Barcelona, Gedisa, 1998, Serie El mamífero parlante, p. 31.

⁷ Por ejemplo: “los partidos políticos nacionales y los candidatos son agentes que promueven la participación ciudadana en la vía democrática, a través de la realización de acciones dirigidas a informar y nutrir la opinión pública” en SUP-RAP-234/2009 / “uno de los objetos fundamentales que se persigue mediante la tutela de la libertad de expresión es la formación de una opinión pública, indispensable en el funcionamiento de toda democracia representativa”, en SUP-RAP-220/2009 / “La libertad de expresión constituye frecuentemente la piedra de toque de la existencia y calidad de la vida democrática de un país, ya que es indispensable para la formación de opinión pública”, en SUP-RAP-242/2009 / “la libertad de pensamiento y de expresión constituye un bastión fundamental para el proceso electoral, al transformarse en herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores”, en SUP-JRC-168/2016.

1.1. ¿Qué es la opinión pública?

Para 1982, fecha en que se publicó la primera edición de *La espiral del silencio*, Elisabeth Noelle-Neumann decía que había encontrado un total de cincuenta definiciones de opinión pública.⁸ Hay tantas perspectivas para estudiarla que parece que es un concepto que se escapa de las manos. La expresión opinión pública puede intentar explicarse por su aparición histórica, la semántica que se le atribuyó y por la descomposición de sus dos vocablos.⁹

Otra controversia es si la opinión pública puede explicarse como un agregado de opiniones individuales o como un fenómeno colectivo. En el primer caso, si sólo se toman en cuenta las opiniones individuales se cae en la falacia del reduccionismo “o lo que es lo mismo, analizar los aspectos colectivos del proceso de opinión pública sólo en términos de sus componentes individuales”.¹⁰ Las encuestas y los sondeos, por ejemplo, son métodos de investigación que participan de esta perspectiva. En el segundo caso, si sólo se toman en cuenta los aspectos colectivos entonces se cae en la falacia de la “mente grupal”: ver la opinión pública como un ente autónomo que manifiesta su sentir en cada tema.

Una más de sus aproximaciones consiste en preguntarse en qué dirección fluye el proceso de formación de opinión, de arriba abajo o viceversa y qué peso tiene cada uno de los participantes. En concreto, es a los medios de comunicación

⁸ Noelle-Neumann Elisabeth, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Francisco Javier Ruiz Calderón (trad.), Barcelona, Paidós, 2010, Comunicación (col.), p. 83.

⁹ “La expresión fue acuñada en las décadas anteriores a la Revolución francesa, fue precedida por la tardo romana *vox populi*, por la teoría medieval de consentimiento y, si se quiere, por la voluntad general de Rousseau [...]. El punto de mayor interés es, sin embargo, la elección del vocablo *opinión*. Hay bases sólidas para suponer que los escritores de la Ilustración utilizaban *opinión* porque querían significar *doxa*, no *episteme*, no conocimiento”, en Sartori Giovanni, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰ Crespi Irving, *El proceso de opinión pública. Cómo habla la gente*, María Gómez y Patiño (trad.), Barcelona, Ariel, 2000, Comunicación (col.), p. 33.

masiva a los que se les ha dedicado más atención: hay quienes piensan que sus efectos son mínimos y quienes los ven como determinantes.¹¹

Los conceptos de opinión pública, por otra parte, siguiendo a Noelle-Neumann, pueden dividirse en dos grandes grupos: la que la ven como un producto racional —o también optimistas— y las que la ven como un medio de control social —pesimistas—.

Como producto racional, la opinión pública contribuye a mejorar y legitimar la toma de decisiones en una democracia. “El concepto de opinión pública racionalmente consignada se basa en la idea de una ciudadanía informada y capaz de formular argumentos razonables y de realizar juicios correctos”.¹² Ahora bien, en palabras de Irving Crespi, dentro de una visión como esta, hay también dos extremos para determinar cuál es la relación adecuada de la opinión colectiva con el gobierno. Una elitista circunscribe las opiniones a elegir quiénes son los cualificados para materializar las agendas que les preocupan. Otra populista busca más espacios de participación.

Como control social, el papel de la opinión pública se reduce a lograr un nivel suficiente de consenso. No obstante, estos conceptos “no toman en cuenta la calidad de los argumentos. El factor decisivo es cuál de los bandos de una controversia tiene la fuerza suficiente como para amenazar al bando contrario con el aislamiento, el rechazo o el ostracismo”.¹³

¹¹ Por ejemplo, el propio TEPJF: “se identificó que su potencial y alcance tecnológico [de la radio y la televisión] adquiere una dimensión relevante, que logra penetrar en la opinión pública y permear la conciencia de la ciudadanía en un grado sumamente importante” SUP-RAP-220/2009, p. 38. / o académicos: “ya es que si las elecciones democráticas deben sustentarse en el sufragio universal, libre, igual, obliga a un tratamiento normativo singular del proceso de formación de opinión pública en periodo electoral, en particular a una ponderación de ejercicio de las libertades constitucionales de información y expresión que garanticen la vigencia efectiva de dichos principios democráticos en el medio de comunicación de masas por excelencia: la televisión”, en García Mahamut Rosario, *Modelos de comunicación política: el caso de España*, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, 2016, Conferencias Magistrales, temas de democracia (col.), No. 22, p. 32.

¹² Noelle-Neumann Elisabeth, *op. cit.*, p. 287.

¹³ *Ibidem.*, p. 288.

Ambos grupos son incompatibles, el primero porque la democracia no se interesa por la psicología individual y social de hombre. El segundo, porque en la teoría democrática no hay lugar para el miedo tanto del gobierno como de los ciudadanos para con la opinión pública.

1.1.1. Control social

Aquí encontramos, por ejemplo, las ideas de Walter Lippman y Noelle-Neumann. Lippman contrapone una visión realista al ideal de la formación racionalista de opiniones. En su libro *Public Opinion*, sostiene que son los estereotipos y prejuicios los mejores vehículos de difusión de la opinión. Éstos favorecen asociaciones positivas o negativas a través de la carga emocional, su ventaja es que son concisos y poco ambiguos, permiten a todos saber cuándo hablar y cuándo callarse. Reducen la complejidad del debate: “El que se hace con los símbolos que contiene en su momento la sensibilidad pública, controla sus caminos”.¹⁴

Para Noelle-Neumann, la hipótesis de la espiral del silencio surgió de sus observaciones de las elecciones federales alemanas de 1972 y puede explicarse como dos propuestas políticas que, en apariencia, dadas las encuestas y sondeos, tienen la misma fuerza. Sin embargo, una de ellas recibe un apoyo explícito mientras que la otra no. Eso hace parecer a la segunda más débil y provoca en sus partidarios una sensación de marginación:

Las observaciones realizadas en unos contextos se extendieron a otros e incitaron a la gente a proclamar sus opiniones o a «tragárselas» y mantenerse en silencio hasta que, en un proceso en espiral, un punto de vista llegó a dominar la escena pública y el otro desapareció al enmudecer sus partidarios. Éste es el proceso que podemos calificar como de «espiral del silencio».¹⁵

¹⁴ *Ibidem.*, p. 191.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 22.

Noelle-Neumann desarrolla su propuesta desde la psicología del comportamiento donde las personas temen más al aislamiento que al error. En experimentos subsecuentes, intentó demostrar la facilidad con el que una persona se adhiere a la mayoría aunque ésta no tenga la razón. No obstante, hace una precisión a su modelo: la espiral del silencio “es sólo una de las formas de aparición de la opinión pública”¹⁶ que puede servir bien para explicar efectos como el del “carro completo”.

1.1.2. Producto racional

Giovanni Sartori dice que la opinión pública es un concepto político, donde el vocablo “pública” no refiere a un sujeto sino a la materia de la discusión, la cosa pública. La define como: “un público o multiplicidad de públicos, cuyos difusos estados mentales [ese amasijo de intereses, deseos, actitudes y creencias] se interrelacionan con corrientes de información referentes al estado de la *res publica*”.¹⁷ Ahora bien, Sartori distingue dos procesos de formación de opinión según se esté más o menos expuesto a flujos de información: las difundidas por las élites y las que emanan de la base.

Las opiniones que emanan de la base surgen de la identificación con los grupos de referencia. Son opiniones que responden a preferencias culturales, religiosas, históricas, familiares y que no se encuentran expuestas, o muy poco, a flujos de información. El ingrediente basado en la identificación “es el aspecto más resistente y menos vulnerable”.¹⁸ Su virtud radica en que es la voluntad del pueblo no es fabricada ni manipulada.

Las opiniones inducidas desde arriba pueden explicarse desde el modelo de la cascada sugerido por Karl Deutsch. La idea plantea cinco niveles. En la punta se encuentran las élites económicas, le siguen las élites políticas, los medios de

¹⁶ *Ibidem.*, p. 85.

¹⁷ Sartori Giovanni, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 131.

comunicación, los líderes de opinión y el grueso de la población. En un escenario ideal, cada nivel o cada caída de la cascada supone un remanso, un espacio donde las ideas primeras se interrumpen, encuentran resistencias, se mezclan y se reformulan por el resto de los actores. “Cada nivel supone la reapertura de una dialéctica de opiniones y opiniones adversas, engendradas, si no por otra razón, por las tentaciones y recompensas competitivas”.¹⁹ Dado que no en todos los remansos hay el mismo grado de competencia y discusión, son de especial interés los medios de comunicación y los líderes de opinión. Los medios abrevan del resto de los niveles, de ahí seleccionan las noticias, las jerarquizan, las omiten, las distorsionan y presentan a su gusto, por ello representan el gran salto en la cascada. Los líderes de opinión —aquí no sólo se refiere a comentaristas en televisión, radio y prensa, sino también a activistas, profesores, investigadores y en general a todo aquel porcentaje mínimo de la población interesado por la política y que interactúa con sus círculos cercanos— son una especie de mediadores cuyo papel es matizar y criticar la información. No obstante, concluye Sartori, aunque el modelo de la cascada tiene la virtud de ejemplificar, más bien, el manejo y tránsito de la información, aún es insuficiente para explicar la formación de opiniones.

Aunque podría decirse que las opiniones surgidas desde la base son más autónomas y las inducidas desde las élites más heterónomas, lo cierto es que ninguna puede calificarse de más auténtica o racional para efecto de satisfacer el ideal de la deliberación democrática. Una opinión no informada puede obedecer a prejuicios, emociones; una opinión informada depende de la calidad de la información y de la manera en que es decodificada. Para sortear estos problemas Sartori propone tres condiciones necesarias para la formación de una opinión pública autónoma: un sistema educativo que no sea de adoctrinamiento, pluralidad de medios de comunicación y, respecto al ejercicio periodístico, la objetividad y el juego limpio: “la ética profesional: la ética del respeto a la verdad”.²⁰

¹⁹ *Ibidem.*, p. 127.

²⁰ *Ibidem.*, p. 139.

Estas propuestas, no obstante, fueron reformuladas por el propio Sartori cuando, en 1997, publicó *Homo videns. La sociedad teledirigida*, ensayo donde reflexiona, en concreto, sobre el papel de la televisión como formadora de opinión. La premisa del libro es la oposición entre la cultura escrita y la cultura audiovisual y cómo el aumento de la segunda genera un detrimento de la primera. El homo sapiens, dice, se caracteriza, sobre todo, por ser un ser simbólico capaz de construir abstracciones. Todo el conocimiento humano descansa sobre conceptos. Palabras como “república”, “democracia”, “economía”, sería imposible explicarlas a través de imágenes. El radio y la prensa son medios que conservan nuestra capacidad de abstracción, dan prioridad al lenguaje, exigen un esfuerzo para decodificar y entender. Sin embargo, la televisión sólo exige pasividad y, dado que pretende explicar todo a través de imágenes, la información que transmite sólo descansa en percepciones. Leer y abstraer conceptos se vuelve innecesario. Esto disminuye la capacidad de abstracción. Se crea la ficción de que basta ver para estar informado, pero la imagen no crea conocimiento en sus receptores, los condiciona al mínimo esfuerzo.

Ahora bien, dicha premisa genera varios efectos respecto al proceso de formación de opinión. Por lo que hace al proceso descendente señalado por el modelo de la cascada, la televisión sí aumenta el riesgo de que la opinión pública sea manipulada. Si antes había pequeños remansos para el diálogo entre cada nivel, la televisión rompe con ellos: dejan de tener un papel importante los líderes-mediadores de opinión. El ojo cree lo que ve. La autoridad cognitiva con más autoridad es la visual. Lo que se ve es lo que parece real y, por tanto, lo único verdadero. Para Sartori, entonces, la televisión genera sí un flujo desproporcionado y jerárquico en el flujo de información.

Pero ¿acaso no puede esta distorsión ser corregida a través de un ejercicio periodístico ético? ¿Existe un tratamiento de la información que permita lo contrario? Sartori parece sostener que no. Por el contrario, las particularidades de la televisión potencializan la subinformación y la desinformación. Subinformar es

empobrecer la noticia, contar demasiado poco o no contar. La televisión subinforma porque sólo hay noticia si ésta puede ser filmada. Cantidades de eventos relevantes no existen en la agenda pública porque faltan imágenes que puedan mostrarlas o porque es difícil o costoso desplazarse hasta ellas. Desinformar es distorsionar las noticias. La televisión desinforma porque la imagen también miente. Depende de qué y cómo se enfoque, qué testimonios y personalidades se elijan. A diferencia de otros medios, la veracidad de la imagen hace la mentira más eficaz y por ello más peligrosa. Lo dijo también Kapuscinski: “el problema de la radio y la televisión es que no es necesario mentir: podemos limitarnos a no decir la verdad. [...], si no hablamos de un acontecimiento, éste simplemente no existe”.²¹

Además, la principal función de la televisión es entretener. De ahí que todo lo transforme en espectáculo y que buena parte del tratamiento de la información dé preferencia al ataque y al sensacionalismo. De ahí que, también, por un lado, personalice las elecciones, dedique su atención a personas y no a discursos. Los políticos, obsesionados por las cámaras, se vuelven dependientes de ellas; genera que se involucren y opinen en sólo aquéllos acontecimientos que son mediatizados y no en lo que genuinamente debería interesarles pero que carecen de atención de las cámaras. Por el otro, que las celebridades del deporte y del espectáculo se trastocan en autoridades cognitivas, con mayor peso de influencia política. La televisión “favorece emotivación de la política”.²²

Por último, respecto a la pluralidad de medios como correctivo y garantía de un proceso de formación de opinión más auténtico, Sartori dice que “según la teoría de la competencia, el consumidor debería castigar la deficiente producción de noticias, exactamente igual que castiga la deficiente producción de frigoríficos y de automóviles. Pero no sucede así”.²³ La ley de la oferta y la demanda no vale para

²¹ Kapuscinski Ryszard, *Los cínicos no sirven para este oficio. Sobre el buen periodismo*, Xavier González Rovira (trad.), Barcelona, Anagrama, 2002, Compactos (col.), p. 59.

²² Sartori Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Ana Díaz Soler (trad.), México, Punto de Lectura, 2005, p. 140.

²³ *Ibidem.*, p. 173.

el mercado de la televisión por una razón: los consumidores de las televisoras no son las audiencias, son las empresas publicitarias. Éstas buscan los programas con mayor audiencia y para generar mayores audiencias los contenidos deben ser lo más ligeros y entretenidos posibles, incluso los de contenido informativo. Así, el hecho de que existan varias cadenas televisivas no significa una mejora en los contenidos.

1.1.3. Proceso integral

Irving Crespi, comunicólogo estadounidense, dice que la opinión pública es un proceso que a su vez se divide en tres subprocesos: “transacciones entre individuos y sus ambientes; comunicación entre individuos y las comunidades que los acogen, y la legitimación política de la fuerza colectiva emergente”.²⁴ En el primero, las opiniones expresan los intereses, valores, creencias y la experiencia sociopolítica de los individuos. En el segundo, se pone atención en cómo adquieren fuerza las opiniones. Los grupos y movimientos no surgen como entidades “sino como redes de comunicación que unen personas a través de su participación”.²⁵ La comunicación es el medio por el que el conocimiento común, en un reconocimiento dentro del grupo, produce la opinión colectiva. Una vez que éstas surgen, “su significación política está en cómo las instituciones tienen que aceptarlas como legítimas”.²⁶ Si el vínculo es eficaz, las opiniones se identifican con las decisiones políticas. Si no es así, se destruye la confianza en la administración.

Lo interesante de la propuesta de Crespi es que ningún subproceso es anterior a otro ni tampoco siguen un flujo unidireccional. Es un sistema interactivo, no causal. La opinión pública “no es una voluntad general acorporal; tampoco es un constructo estadístico compuesto de datos individuales. Es una expresión de energía social que integra a los autores individuales en agrupaciones sociales que

²⁴ Irving Crespi, *op. cit.*, p. 27.

²⁵ *Ibidem.*, p. 86.

²⁶ *Ibidem.*, p. 227

afectan al gobierno”.²⁷ No obstante, concluye que, frente aquéllos que prefieren estudiar cómo llegan a ser influenciadas las opiniones individuales, habría que enfocarse en “cómo las personas llegan a enterarse de la opinión de los otros y las llegan a reconocer como suyas para fundirse en una fuerza colectiva”.²⁸

1.2. Modelo de comunicación político-electoral

1.2.1. Antecedentes

En julio de 1969, a través de un decreto presidencial, se autorizó a los concesionarios de radio y televisión para que el impuesto por uso de bienes del dominio de la nación fuese pagado a través del 12.5% del tiempo diario de transmisión en cada una de sus estaciones. Cuatro años después, el 05 de enero de 1973 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) la *Ley Federal Electoral* y, por primera vez, se establece como prerrogativa de los partidos políticos el acceso a radio y televisión dentro de los tiempos fiscales. Su artículo 39 establecía que esta prerrogativa era sólo durante el periodo de campañas y cada partido contaría con 15 minutos quincenales. El formato era un programa producido por la Comisión de Radiodifusión de la Secretaría de Gobernación y podía ser de manera separada o conjunta. Si era conjunta, los representantes de los partidos debatían frente a un moderador. En todos los casos, los contenidos eran estrictamente para presentar sus “tesis ideológicas y programas de acción que sostengan frente a los problemas nacionales, y no podrán constituir en ningún caso, en plataformas para dirimir cuestiones personales”; quedaban restringidos, además, a las disposiciones del artículo sexto constitucional. La ley distinguía como otro tipo de propaganda la distribuida por folletos y carteles, su regulación se limitaba a no contener símbolos religiosos y racistas, y a los lugares donde podía ser colocada.

²⁷ *Ibidem.*, p. 37.

²⁸ *Ibidem.*, p. 230.

El 06 de diciembre de 1977 se publicó un decreto de reforma constitucional al artículo sexto por el que se añadió el derecho a la información. Días después, el 20 de diciembre se publicó en el DOF la *Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales*. Aunque menos precisa que la legislación anterior, concedió como prerrogativa a los partidos políticos el acceso permanente a radio y televisión y no sólo durante el intervalo electoral. De acuerdo con su artículo 49 sección A, las modalidades de la distribución de los tiempos era de forma equitativa y mensual, y podían incrementarse durante las campañas. El formato era también a través de programas y su contenido sólo podía ser “informativo, de esparcimiento, de análisis económico, político, social o cultural, de difusión de tesis, ideas, principios y doctrinas”. La realización corría a cargo de la Comisión de Radiodifusión. Por lo que hace a la propaganda fija e impresa, además de las reglas para su colocación, debía contener los “datos biográficos del candidato y el ideario que sustenta”.

Diez años después, el 12 de febrero de 1987 se publicó en el DOF el *Código Federal Electoral*. Su artículo 52 incrementó el acceso a medios de forma permanente a quince minutos mensuales, con la opción de aumentar en tiempos electorales. Se añadió el derecho de los partidos de participar, además, en un programa conjunto de debate difundido dos veces al mes y producido por la Comisión de Radiodifusión. Ésta asignaría los horarios, fechas y canales para la difusión de las transmisiones, procurando señales de cobertura nacional y con mayor audiencia. Las disposiciones de propaganda impresa y fija se mantuvieron intactas. El artículo 284, por vez primera, en el capítulo de “Las garantías de los electores”, contempla la veda electoral: prohibición de difundir propaganda durante el día de la elección y los tres anteriores.

Es tres años después, con la publicación en el DOF del primer *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales* (COFIPE) el 15 de agosto de 1990, cuando el modelo de comunicación se vuelve más robusto. Por lo que hace al acceso en radio y televisión, continúan los 15 minutos mensuales de forma permanente a través de dos programas mensuales, sin embargo el aumento de las

transmisiones para el proceso electoral sería proporcional a su fuerza política (artículo 44 párrafos 1 y 2); y permanece su derecho a un programa conjunto mensual. Con la creación del Instituto Federal Electoral (IFE), la autoridad a cargo de la distribución de tiempos y producción de programas fue la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos. Previendo la compra adicional de tiempos por parte de los partidos a los concesionarios, el artículo 48 establecía que la Dirección General del IFE requeriría a éstos para que “proporcionen sus tarifas a partir de la fecha de registro de los candidatos”; y preveía una restricción: “Dichas tarifas no serán superiores a las de la publicidad comercial”.

Es también cuando se redacta la primera definición de propaganda electoral —en su artículo 182 párrafo 3— y que es idéntica a la que contempla la legislación actual. Distingue y regula con mayor precisión la propaganda impresa, fija y gráfica. Su artículo 90, además de prever la veda electoral, fija otra veda en materia de encuestas y sondeos: queda prohibida su difusión cinco días antes de la elección y hasta el cierre de casillas.

En un decreto de reforma al COFIPE, publicado el 24 de septiembre de 1993, se estableció que sólo los partidos políticos podían contratar tiempos para difundir propaganda en radio y televisión, y prevé un procedimiento para la compra a los concesionarios. Si, luego de revisar el catálogo de tarifas, dos partidos disputaban el mismo horario para su transmisiones, entonces el tiempo disponible se dividía en dos mitades. La primera se repartía a partes iguales entre los interesados y en la segunda se daba preferencia al partido que hubiese tenido mayor fuerza electoral.

Por primera ocasión, la legislación puso atención en la calidad informativa. Para ello, adicionó un párrafo décimo al artículo 48. La Dirección de Prerrogativas y Partidos Políticos, luego de una reunión con la Cámara de la Industria de la Radio y la Televisión (CIRT), sugeriría lineamientos generales aplicables a los noticieros respecto de la información y difusión de las actividades de campaña de los partidos. En materia de encuestas y sondeos se añadió la obligación para que sus

realizadores entregaran sus estudios a la Dirección General del IFE. La veda de publicación de encuestas se alargó a ocho días previos a la elección.

Otro decreto de reformas al COFIPE, del 22 de noviembre de 1996, sumó al acceso a tiempos en medios un total de hasta 250 horas en radio y 200 en televisión para la elección presidencial; para las elecciones de renovación de diputados, 125 en radio y 100 en televisión. La fórmula para distribuir éstas —que sigue al día de hoy— sería del 30% en forma equitativa y del 70% según la proporción de la votación anterior para diputados. El IFE podría adquirir, además, hasta diez mil promocionales en radio y 400 en televisión con una duración de veinte segundos. Hasta entonces el formato de comunicación eran programas cortos, a partir de este punto aparece y ganará fuerza el *spot*.

1.2.2. Regulación vigente

Llegamos así a las elecciones presidencial de 2006. A inicios de marzo de ese año, el entonces candidato Felipe Calderón Hinojosa confió la estrategia de su campaña a Dick Morris,²⁹ uno de los mercadólogos más reputados del mundo. Él, en su libro *Juegos de Poder*, habló de la efectividad de las campañas negativas, sobre todo cuando se usan por primera vez en democracias incipientes, pues “los votantes no tenían ninguna inmunidad. No habían formado sus defensas de cinismo y escepticismo”.³⁰ El resultado fue una contienda obsesionada en mostrar la incapacidad del entonces también candidato Andrés Manuel López Obrador, las consecuencias que acarrearía su mandato —endeudamiento y devaluación—, y en aprovechar sus excesos discursivos. Ese año, “los partidos gastaron el 70% de sus recursos en compra de propaganda en radio y televisión, de éstos el 82% fueron en televisión”.³¹ Por otra parte, tanto el expresidente Vicente Fox como el Consejo

²⁹ Espino Sánchez Germán, *La República del escándalo. Política espectáculo, campaña negativa*, México, Fontamara, 2009, Argumentos (col.), No. 90, p. 151.

³⁰ *Ibidem.*, p. 171.

³¹ Gilas Karolina M., *Sistema de comunicación política a partir de la reforma de 2014*, Temas selectos de derecho electoral (col.), No. 54, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016, p. 16.

Coordinador Empresarial tomaron partido a favor del candidato panista y advirtieron de las crisis que podrían resultar de seguir viejos modelos económicos.

En el inter, la coalición “Por el bien de todos” solicitó al Consejo General del IFE pronunciarse sobre el retiro de los promocionales negativos en radio, televisión e internet por no ajustarse a principios constitucionales. El Consejo resolvió que carecía de facultades y la coalición impugnó. Conoció la Sala Superior del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y, en la sentencia que recayó al expediente SUP-RAP-17/2006, determinó, por un lado, que el IFE sí contaba con atribuciones suficientes para “hacer cesar y corregir conductas contrarias a derecho (...), respecto del incumplimiento de otros partidos de sus obligaciones de manera grave o sistemática”;³² por el otro, que una decisión encaminada a suspender promocionales constituía un acto privativo y, por tanto, debía derivar de un procedimiento que respetara las formalidades esenciales que prevé la constitución. No obstante, “ante la ausencia de un procedimiento *ad hoc* en el COFIPE entonces vigente, se concluyó que era menester la implementación, por analogía, del procedimiento genérico de sanción” con la salvedad de que debía ser “más expedito, a fin de que no se tornaran irreparables las violaciones”.³³ Éste fue el origen del ahora llamado procedimiento especial sancionador (PES).

En este contexto, uno de los pilares de la reforma constitucional electoral publicada el 13 de noviembre de 2007 en el DOF fue:

Impedir que actores ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales y sus resultados a través de los medios de comunicación; así como elevar a rango de norma constitucional las regulaciones a que debe sujetarse la propaganda gubernamental, de todo tipo, tanto durante las campañas electorales como en periodos no electorales(...). La tercera generación de reformas electorales debe dar

³² Zavala Arredondo Marco Antonio, “El procedimiento especial sancionador. Balance de su implementación y propuestas para su perfeccionamiento”, en Luna Ramos José Alejandro (coord.), *Sistema de Justicia Electoral Mexicano*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2011, p.376.

³³ *Ibidem.*, p. 377.

respuesta a los dos grandes problemas que enfrenta la democracia mexicana: el dinero; y el uso y abuso de los medios de comunicación.³⁴

Para concretar lo anterior, en primer lugar, la base III del artículo 41 se avocó completamente a pormenorizar el modelo de comunicación político-electoral. En el apartado A se dispuso que el IFE sería la autoridad única en administrar los tiempos en radio y televisión que correspondieran a los partidos y a los fines de propio instituto. Respecto del acceso permanente, se fijó que el 12% del total de los tiempos fiscales sería destinado al Instituto. Éste, a su vez, distribuiría de forma equitativa el 6% de los tiempos entre los partidos. Los partidos harían uso de su tiempo a través de un programa mensual de cinco minutos y el resto en mensajes de hasta veinte segundos. Para el periodo electoral el Instituto cuenta con 48 minutos diarios en cada una de las estaciones de radio y televisión. Para la repartición del tiempo se distinguieron dos intervalos: el de precampaña y el de la campaña. Para el primero, 18 minutos corresponden a los partidos políticos y 30 al IFE; para el segundo, 41 minutos para partidos y siete para el instituto. En ambos, la fórmula continuó con el 30% de manera equitativa y 70% a razón de la proporción de la votación anterior para diputados. Los párrafos segundo y tercero elevaron a rango constitucional la prohibición tanto de partidos políticos y candidatos como de personas físicas y morales de contratar, por sí o a través de terceros, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

El apartado B reguló las asignación de tiempos para elecciones locales, con las únicas diferencias de que las transmisiones se restringieron sólo a los canales y estaciones que cubrieran los límites geográficos del lugar de la elección; y, en caso de concurrencia de elecciones locales con federales, el tiempo de las primeras se restaría del tiempo total de las segundas. El apartado C prohibió toda

³⁴ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS A CARGO DEL SENADOR MANLIO FABIO BELTRONES RIVERA, PRESIDENTE DE LA COMISIÓN EJECUTIVA DE NEGOCIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE ACUERDOS, A NOMBRE PROPIO Y DE LEGISLADORES DE DIVERSOS GRUPOS PARLAMENTARIOS, CON PROYECTO DE DECRETO PARA REFORMAR DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA ELECTORAL, p. 3, en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/055_DOF_13nov07.pdf

propaganda dirigida a denigrar instituciones y a calumniar personas; también ordenó la suspensión de todo tipo de propaganda gubernamental en los tres niveles de gobierno durante el periodo electoral, con las excepciones de información de salud, educación y protección civil. El apartado D, por último, previó que todas las infracciones a esa base III serían sancionadas por el IFE mediante el procedimiento especial sancionador y dentro de éste, una de las posibles sanciones, podría ser la cancelación inmediata de transmisiones.

En segundo lugar, al artículo 134 se añadieron dos párrafos. Éstos obligaron a todos los servidores públicos a que los recursos que quedasen bajo su responsabilidad, bajo ninguna circunstancia podía utilizarse para influir en la equidad de la contienda electoral. Ciñeron el contenido de la propaganda electoral a fines exclusivamente informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso podría incluir nombres, imágenes, voces o símbolos que permitieran la promoción personalizada de algún servidor. Por último, cabe añadir que en esta reforma se añadió al artículo sexto constitucional la garantía del derecho de réplica.

Dos meses después, el 14 de enero de 2008, se publicó en el DOF el segundo COFIPE. Éste no hace más que detallar lo ya previsto en la base III del artículo 41 constitucional. Destaca: la facultad del Consejo General del IFE para emitir un Reglamento de Radio y Televisión con el objetivo simplificar la asignación de transmisiones; la duración de los spots se limitó a 30 segundos, uno y dos minutos; la duración de la campaña presidencial se redujo a 90 días y para la renovación de la Cámara de Diputados a 60 días; la veda para la publicación y difusión de encuestas y sondeos disminuyó a los tres días previos a la lección, y, para su realización, se debían considerar los criterios generales de carácter científico emitidos por el IFE; los informes de labores de servidores públicos no serían considerados como propaganda siempre y cuando su difusión se realizara una vez al año, durante los siete días anteriores o cinco posteriores al día de su informe, en estaciones o canales con una cobertura regional acorde con el ámbito geográfico donde el servidor cumpliera su responsabilidad y no se utilizaran con fines

electorales. Por lo que toca al procedimiento especial sancionador, su substanciación quedó en manos de la Comisión de Quejas y Denuncias y de la de Secretaría del Consejo General; su procedencia se avocó a violaciones a la base III del artículo 41 y párrafo séptimo del artículo 134, ambos constitucionales, y a todas aquellas acciones que vulneraran normas sobre propaganda y actos anticipados de precampaña y campaña.

Ahora bien, el contexto de la elección presidencial de 2012 requiere ser contado desde 2005. A partir de entonces y de forma exponencial, los hogares mexicanos se acostumbraron a recibir en sus televisores a un joven y entusiasta gobernador mexiquense. Hoy, concedía una entrevista con Joaquín López-Dóriga por cada compromiso cumplido; mañana, en el espacio de Carlos Loret de Mola, le dedicaban generosas coberturas a sus paseos por Estambul y el Vaticano; por las tardes, los programas de espectáculo echaban leña a su romance con Angélica Rivera. Pese a los deslices de su administración —que no fueron pocos, por ejemplo, el caso Atenco o el de la niña Paulette—, su imagen permaneció incólume.

En su libro *Peña Nieto: el gran montaje*, Villamil juega con la idea de que el éxito de Enrique Peña Nieto se empató con el surgimiento de un nuevo género televisivo: “El *reality* es un híbrido exitoso que abreva de las telenovelas, las entrevistas, los reportajes, los *talk shows*, los deportes y, sobre todo, la publicidad encubierta de los contenidos”.³⁵ Es decir, la virtud de los *realities* descansa en la apariencia de verdad, de espontaneidad de sus protagonistas pese a responder a un guión oculto.

En México, Villamil —en su reportaje “Televisa, la gran simulación”, publicado en el semanario *Proceso* en octubre de 2005— fue el primero en exponer el contubernio entre las televisoras y el gobernador del Estado de México para “transformarlo como el personaje político más vendible”.³⁶ Desde el extranjero, la

³⁵ Villamil Jenaro, *Peña Nieto: el gran montaje*, México, 2012, Grijalbo, p. 52.

³⁶ *Ibidem.*, p. 50.

periodista británica Jo Tuckman, corresponsal del periódico *The Guardian*, documentó que la cantidad de 740 millones de pesos, durante el primer año, sería suficiente para insertar publicidad bajo el disfraz de noticias, entrevistas e informes dentro de los espacios noticiosos y de espectáculos de *Televisa*, así como asesoría de imagen tanto del gobernador como de su equipo de trabajo. En total, la inversión en spots ascendería a 161 millones de pesos y en información encubierta a 153 millones.³⁷

Además de la proyección mediática desmedida, a partir del inicio de la contienda presidencial comenzaron a circular encuestas diarias en distintos medios impresos. GEA-ISA contratada por *Milenio*, Buendía&Laredo por *El Universal* y Mitofsky por *Radio Fórmula*, “durante los 90 días de la campaña, llegaron a predicar una ventaja de hasta 15 puntos en promedio”.³⁸ Aunque Peña Nieto parecía inalcanzable, las cifras finales de votación del IFE demostraron que la ventaja real apenas alcanzaba los siete puntos. La noche del conteo rápido, “Ciro Gómez Leyva, *director de Milenio*, se disculpó porque las encuestas que divulgaron se habían equivocado”.³⁹

La primera reforma constitucional que provocó las elecciones de 2012 no fue de carácter electoral sino en materia de telecomunicaciones y radiodifusión. El decreto publicado en el DOF el 11 de junio de 2013 añadió un apartado B al artículo sexto. Su fracción II garantizó la pluralidad y veracidad de la información, la fracción III prohibió la de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa. La autoridad encargada de velar por estos derechos de las audiencias sería el nuevo Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL).

³⁷ Tuckman Jo, “Computer files link TV dirty tricks to favourite for Mexico presidency”, *The Guardian*, 07 de junio de 2012: <https://www.theguardian.com/world/2012/jun/07/mexico-presidency-tv-dirty-tricks>.

³⁸ Villami Jenaro, *op. cit.*, p. 16.

³⁹ *Ibidem.*, p. 85.

La segunda reforma constitucional se publicó en el DOF el 10 de febrero de 2014 y apenas modificó la base III del artículo 41. Agregó que los candidatos independientes, en su conjunto, sólo tendrían acceso a los tiempos en radio y televisión por una fracción del 30% que resultara de repartir en forma equitativa entre los partidos. Respecto del acceso permanente a medios, se eliminó el formato de programas de cinco minutos mensuales y quedó sólo para la transmisión de *spots*. La calumnia hacia personas quedó como la única restricción de la propaganda. El TEPJF sería el encargado de resolver en primera instancia las violaciones a la base III del artículo 41. Dentro del mismo artículo 41, el inciso b) de la fracción VI contempló como causal de nulidad elección la compra de tiempo en medios siempre y cuando la diferencia entre el primer y último lugar sea menor al cinco por ciento. Por último, el artículo tercero transitorio fijó al Congreso de la Unión un plazo de 60 días para expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 constitucional, relativa al gasto en propaganda gubernamental.

El 23 de mayo de 2014 se publicó en el DOF la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE). Entre los cambios, sobresale que el tiempo destinado a precampañas aumentó a 30 minutos diarios; los monitoreos realizados por el Consejo General a los medios de comunicación tendrán una periodicidad de 15 días y serán difundidos dentro de los tiempos del INE; éste tendrá un término de tres días para dar a los concesionarios las órdenes de transmisión y los promocionales; la propaganda impresa debe ser reciclable hecha con materiales biodegradables; la propaganda de artículos utilitarios solamente puede elaborarse con material textil; en respuesta al caso de las tarjetas *Soriana*, quedó prohibida todo tipo de propaganda que prometa algún beneficio directo, indirecto, mediato o inmediato, en especie o en efectivo, a través de cualquier sistema y su distribución se presumirá como indicio de presión en el elector.

Pese a ya existir la regulación para la realización de encuestas y sondeos, se sumó una batería de artículos que reiteran, por un lado, la facultad del Consejo General de emitir lineamientos y, por el otro, la obligación de las empresas de

ceñirse a éstos y presentar sus metodologías y costos; esta información será pública y difundida en la página del INE. Por lo que toca a los debates, se permitió a los concesionarios la realización de éstos siempre que participen por lo menos dos de los candidatos. Los medios impresos deben precisar cuándo su información se trata de una inserción pagada. En cuanto al procedimiento especial sancionador, previa substanciación en la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral, corresponde a la Sala Regional Especializada del TEPJF resolver las violaciones relativas al modelo de comunicación.

Luego, el 21 de diciembre de 2016 se publicaron en el DOF los *Lineamientos Generales sobre la Defensa de las Audiencias*, emitidos por el IFETEL. En ellos se contemplaban: definiciones de “veracidad” y “oportunidad” de la información (fracciones XXVII y XXXVII del artículo 2); acciones para distinguir publicidad de contenidos (artículo 13) y para distinguir la información de la opinión de los presentadores (artículo 15); la obligación de los concesionarios de incluir en sus códigos de ética disposiciones mínimas, entre ellas un procedimiento para garantizar la veracidad y oportunidad de la información (fracción VIII del artículo 46); así como un procedimiento para la suspensión precautoria de las transmisiones que vulneraran el derecho de las audiencias (artículo 56).

La Cámara de Senadores —tras las presiones de los concesionarios, figuras de opinión y diversos actores políticos⁴⁰— promovió una Controversia constitucional a la que recayó el expediente 34/2017. Ésta quedó sin materia porque, mediante decreto publicado el 31 de octubre de 2017, se reformaron diversos artículos de la *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión* a efecto de implementar un nuevo sistema de regulación para la protección de los derechos de las audiencias que se sustenta, fundamentalmente, en un “principio de autorregulación”: corresponde a los concesionarios establecer las directrices que se comprometen a

⁴⁰ Calleja Aleida, “¿Quién debe regular los derechos del público?”, Revista Zócalo, Marzo 2017, No. 205, pp. 13-14.

observar para respetar y promover los derechos de las audiencias, excluyendo, en consecuencia, cualquier intervención del IFETEL.

No obstante, diversos senadores y el Partido de la Revolución Democrática (PRD) promovieron acciones de inconstitucionalidad contra el referido decreto del 31 de octubre de 2017. A éstas correspondieron los expedientes 150/2017 y 153/2017, se radicaron en el Pleno de la SCJN y correspondió al ministro Alberto Pérez Dayán el proyecto de sus sentencias que, al momento de la terminación de este trabajo, aún se encuentran pendientes de resolución.

Finalmente, mediante sentencia de 15 de noviembre de 2017 dictada dentro del amparo en revisión 1359/2015, la Primera Sala de la SCJN resolvió amparar y proteger a la asociación civil *Artículo 19* contra la omisión del Congreso de la Unión de expedir la ley reglamentaria del artículo 134 constitucional, y fijó el 30 de abril de 2018 como fecha límite para emitirla. Así, el 11 de mayo de 2018 se publicó en el DOF la *Ley General de Comunicación Social*. Ésta es obligatoria para todos los poderes públicos de los tres niveles de gobierno y pretende que la propaganda gubernamental o “comunicación social” cumpla con los criterios de eficiencia, honradez, imparcialidad y respeto a topes presupuestales. La Secretaría de Gobernación es la autoridad encargada de distribuir los tiempos oficiales —tiempos del estado y tiempos fiscales— entre las dependencias y poderes, así como de autorizar sus programas, campañas y estrategias de comunicación social.

Además, destaca: una restricción adicional para la propaganda de partidos políticos, éstos no pueden aludir o emplear programas sociales (artículo 11); la compra de tiempos comerciales sólo se permitirá en los casos en que los tiempos oficiales no estuviesen disponibles (artículo 18); la creación de un Padrón Nacional de Medios como requisito para todas las empresas informativas que participen En la contratación de comunicación social. El problema radica en que los artículos 5 y 33 prevén clausulas habilitantes para que la Secretaría de Gobernación sea la encargada de emitir los Lineamientos que determinen qué criterios regirán para

decidir a qué medio sí y a qué medio no asignar gasto; también qué requisitos deberán cumplir los medios para inscribirse en el Padrón y, quizá lo más importante, la determinación de los topes de gasto.

Sin embargo, la constitucionalidad de *la Ley General de Comunicación Social* aún está en entredicho. Un grupo de la Cámara de Senadores, el partido Movimiento Ciudadano y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) promovieron contra ésta acciones de inconstitucionalidad a las que recayeron, respectivamente, los expedientes 52/2018, 53/2018 y 55/2018. El ministro a cargo de los proyectos es José Fernando Franco González Salas y, a la fecha en que se concluye esta investigación, todavía siguen pendientes de resolución.

Resta añadir que —al menos en cuanto al argumento central presentado por la CNDH⁴¹— el problema de la ley en materia de propaganda gubernamental es que aún permite la asignación arbitraria y discriminatoria del gasto de las dependencias en los medios de comunicación. Una solución razonable a este problema fue presentada ya desde septiembre de 2012, en la *Iniciativa de la Ley Federal de Comunicación Gubernamental*⁴², a cargo del entonces senador Javier Corral Jurado. Además de ser el primero en proponer que el gasto en comunicación sólo podría ser autorizado hasta agotar los tiempos oficiales, sugirió un esquema de distribución a través de tres criterios: idoneidad del medio para llegar a la población objetivo, distribución igual entre medios con características semejantes y efectividad —relación proporcional entre costo y alcance cuantitativo—. Por último, también fijaba límites para que un solo medio no pudiese concentrar más de 20% de la inversión total en comunicación social, y no más del 40% por la campaña de una dependencia.

⁴¹ DEMANDA DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, PROMOVIDA POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, CONTRA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL, p. 25, en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2018_55.pdf.

⁴² INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY FEDERAL DE COMUNICACIÓN GUBERNAMENTAL, *Gaceta del Senado de la República*, 04 de septiembre de 2012, en: http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/36594.

1.3. Interpretación del modelo actual

Dijimos ya que, para la reforma de 2007 al artículo 41, el constituyente se trazó el objetivo de limitar la injerencia de actores privados y públicos en la contienda a través de los medios. Y como consecuencia, tampoco escapó a los legisladores la probable tensión que acarrearía el modelo entre, por un lado, el derecho a la información y el principio de equidad y, por el otro, la libertad de expresión. De ahí que, en la exposición de motivos, establecieran que:

Quienes suscribimos la Iniciativa nos hemos comprometido a diseñar y poner en práctica un nuevo modelo de comunicación entre sociedad y partidos, que atienda a las dos caras del problema: en una está el derecho privado, en la otra el interés público.⁴³

Dicha tensión, en el plano judicial, ha sido resuelta a favor de la libertad de expresión. En un estudio estadístico⁴⁴ realizado por Citlali Villegas Flores sobre el proceso electoral 2012, con una muestra de 318 resoluciones emitidas por el IFE y el TEPJF en materia de comunicación política, se encontró que el 57% favorecieron la libertad de expresión y el 43% el derecho a la información y/o al principio de equidad. De éstas, el 58% se concentró en la elección presidencial, el 15% en elecciones de gobernadores y congresos, y 22% en propaganda gubernamental. Sólo en el 10.7% de los casos las autoridades electorales federales impusieron multa y en 5% amonestaciones. El fondo de las sentencias que favorecieron la libertad de expresión tuvo que ver con tres temas: protección de la relación de los candidatos con los medios de comunicación, garantía del ejercicio periodístico y protección frente a los denominados actos anticipados de campaña.

⁴³ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS A CARGO DEL SENADOR MANLIO FABIO BELTRONES RIVERA, ..., p. 3, en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/055_DOF_13nov07.pdf

⁴⁴ Villafranco Robles Citlali, "La interpretación del modelo de comunicación política durante el proceso electoral de 2012", en Medina Torres Luis Eduardo (coord.), *Entre la libertad de expresión y el derecho a la información: las elecciones de 2012 en México*, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2013, Serie investigaciones jurídicas y político-electorales, pp. 37-99.

En el proceso electoral 2015, de acuerdo con información del TEPJF, la Sala Regional Especializada resolvió un total de 723 quejas con motivo de propaganda.⁴⁵ Sobre la inclinación en los fallos de estos expedientes, el entonces presidente de dicho órgano judicial, declaró que:

...en los asuntos jurisdiccionales de la Sala Especializada debe ponderarse la libertad de expresión y el pluralismo informativo, y que en el pasado proceso electoral federal se maximizó la libertad de contenidos en los programas de noticias, de opinión o de parodia política, pues en estos géneros periodísticos debe propiciarse la manifestación de ideas para la construcción de una opinión pública libre.⁴⁶

Issa Luna Pla dice que esta tendencia del TEPJF de favorecer la libertad de expresión es porque comete el error de reconocer a la propaganda político-electoral como una expresión más de ese derecho humano.

No obstante, la propaganda no es una modalidad de la libertad de expresión porque su fin y el valor de su protección, de acuerdo con la SCJN, es bien distinto. En las jurisprudencias P.J/61/2009⁴⁷ y P.J./62/2009⁴⁸ —derivadas de la Acción de Inconstitucionalidad 102/2008—, el Pleno sostuvo que el nuevo modelo de comunicación valora el ejercicio informado y libre del voto: de ahí que el objeto de sus reglas es tutelar que la competencia se realice bajo equidad y certidumbre,

⁴⁵Luna Pla Issa, “La incoherencia de la libertad de expresión (electoral) en México”, en López Noriega Saúl (coord.), *La (in)justicia electoral a examen*, México, IJ-UNAM-CIDE, 2016, Serie Doctrina Jurídica No. 297, p. 235.

⁴⁶ Sala Regional Especializada, *Boletín de prensa 6/119/2009*: <http://portal.te.gob.mx/noticias-opinion-y-eventos/boletin/6/119/2015>.

⁴⁷ P.J/61/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, julio de 2009, p. 1451, rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. ES VÁLIDO QUE LAS CONSTITUCIONES Y LEYES LOCALES DESARROLLEN LOS PRINCIPIOS PREVISTOS SOBRE DICHA MATERIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

⁴⁸ P.J./62/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, julio de 2009, p. 1449, rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 129, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, NO VIOLA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS A CONTAR CON AQUÉLLA.

evitando que “existan mensajes ocultos, ambiguos e indeterminados, susceptibles de generar manipulación y/o confusión en perjuicio de los votantes”.⁴⁹

Ahora bien, el origen de por qué el TEPJF sí considera que la propaganda entra bajo la protección de la libertad de expresión se encuentra en la jurisprudencia 11/2008.⁵⁰ Se trata de una interpretación paradigmática porque “lleva al terreno de los derechos humanos la propaganda política, ajustando el debate político a los discursos protegidos por esta libertad”.⁵¹ El razonamiento es sencillo: el artículo sexto constitucional garantiza la difusión de información e ideas “de toda índole”, y la propaganda cabe en esa frase. De ahí que proteja lo mismo a medios de comunicación, periodistas, candidatos, militantes, simpatizantes, dirigentes e incluso partidos. El criterio, además, sugiere una jerarquía entre el derecho fundamental y otros principios constitucionales, como el de equidad:

...parece colocar por encima o por igual (indistintamente) a la libertad de expresión con el restrictivo marco jurídico electoral de la reforma de 2007. En la última parte el texto de esta jurisprudencia solamente ancla los argumentos del Tribunal a los fines

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Jurisprudencia 11/2008, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 2, Número 3, 2009, pp. 20-21: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO.- El artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce con el carácter de derecho fundamental a la libertad de expresión e información, así como el deber del estado de garantizarla, derecho que a la vez se consagra en los numerales 19, párrafo 2, del artículo del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones integradas al orden jurídico nacional en términos de lo dispuesto por el artículo 133 del propio ordenamiento constitucional. Conforme a los citados preceptos, el ejercicio de dicha libertad no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. **Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, 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, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados.** (énfasis agregado)

⁵¹ Luna Pla Issa, *op. cit.*, p. 238.

democráticos, para cuando decidan sus magistrados “proteger libertad de expresión” y dejar de aplicar la Ley General de Instituciones y Procesos Electorales.⁵²

En el lado opuesto también hay casos donde el TEPJF favorece al principio de equidad y al derecho a la información y no a la libertad de expresión. Benito Nacif, aún consejero del INE, pone atención y critica una práctica concreta que denomina “doctrina de la adquisición”. Ésta consistente en que “si un mensaje favorece a un partido político y éste no lo repudia, éste y la radiodifusora o televisora encargados de difundirlo son responsables”.⁵³ Es decir, frente a la dificultad de acreditar objetivamente la compra de tiempo, se concede mayor peso a la prueba presuncional. Ejemplo de ello son los expedientes SUP-RAP-589/2011 —aparición de Luisa Calderón Hinojosa, entonces candidata gobernadora en Michoacán, en el programa *Historias Engarzadas de Televisión Azteca*—, SUP-RAP-78/2012 —transmisión de la pelea de Juan Manuel Márquez en el extranjero por la señal de *Televisión Azteca*— y SUP-RAP-33/2013 —difusión en *Televisa* de *flashes* informativos sobre candidatos a diputados del PRI y PVEM. Esta postura metodológica, dice Nacif:

...trae problemas probatorios serios. Es un ejemplo de cómo la Sala, a partir de puras presunciones imputa responsabilidades por la infracción, justo cuando la doctrina de la libertad de expresión lleva a la lógica de la real malicia: comprobar en evidencia clara y convincente que hubo contratación, intercambio o una orden en cuanto a los tiempos en radio y televisión.⁵⁴

El riesgo de la “doctrina de la adquisición” es que cabe la posibilidad de que los partidos “contraten” propaganda pese a que ésta no les favorezca o no sea sistemática, y viceversa, que no la contraten pero que los medios y comunicadores sí expresen comentarios favorables o que pueden parecer sistemáticos.

⁵² *Ibidem.*, p. 239.

⁵³ Nacif Benito, “Valoración de la prueba: la doctrina de la adquisición de tiempos en radio y televisión”, en Icaza Gerardo y Macedo Aidé B. (coords.), *Estándares internacionales de justicia electoral*, México, Tribunal Electoral del Distrito Federal, 2014, p. 326.

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 328.

El fin de la prohibición constitucional, concluye Nacif, fue evitar la compra de tiempo y no vigilar la equidad de la cobertura ni la equidad del trato de los participantes. Para él, la disposición protege tiempos comerciales y no tiempos editoriales, éstos sí protegidos por el artículo sexto constitucional y para cuya restricción es necesaria una probanza objetivo.

Por último, en este sentido, Jaime Cárdenas Gracia dice que, precisamente, es la prueba presuncional la que debe guiar los asuntos que versen sobre propaganda y la falta de una correcta valoración es la que obstaculiza el cumplimiento del modelo. Al exigir una prueba objetiva, la Sala “privilegia criterio privatista y ortodoxo; pero éstas son controversias de orden público en las que debe prevalecer el interés social”.⁵⁵ Por tanto:

En materia electoral sí existe una prueba algún tipo de prueba fundamental, esta es la presuncional. Hechos como la compra y coacción del voto, adquisición encubierta de tiempos en radio y televisión, o el empleo de encuestas como propaganda, no pueden demostrarse como pruebas directas, sino que deben derivarse de presunciones. Las presunciones exigen un compromiso fuerte del juzgador con la racionalidad, la coherencia de una resolución y la búsqueda de la verdad.⁵⁶

1.3.1. Propaganda encubierta

Como puede verse líneas arriba —si bien es cierto hay otras litis como la propaganda calumniosa, la propaganda gubernamental o el uso inadecuado de la pauta federal—, la tensión entre derechos y principios se agudiza, sobre todo, cuando aparece en escena la llamada “propaganda encubierta”. Ésta genera, también, los criterios más controvertidas del modelo. Su única diferencia con la propaganda legal es que, para conseguir posicionar a un partido o candidato ante

⁵⁵ Cárdenas Gracia Jaime, *La crisis electoral del sistema mexicano. A propósito del proceso electoral 2012*, Serie Estudios Jurídica No. 242, IJ-UNAM, México, 2014, p. 139

⁵⁶ *Ibidem*. p. 141.

los electores, utiliza formatos distintos al del *spot*, tantos como la creatividad lo permita. Autores como Jesús Castillo Sandoval la llaman “propaganda prohibida que no es posible de ser sancionada”, pues “es atribuida a terceras personas, el origen de la información no es precisa y a los mensajes se los rodea de ambigüedades o distorsiones”;⁵⁷ Issa Luna Pla la asimila al “*product placement*”, práctica mercadotécnica para fijar publicidad “fuera de los espacios de anuncios asignados en las parrillas de programación, típicamente anunciarse en programas de entretenimiento, noticieros, o cualquier tipo de contenidos televisivos o radiofónicos”.⁵⁸ Su ventaja es que logra mayor conexión emocional y un mínimo margen de error para llegar a las audiencias enfocadas. Jaime Cárdenas perfila sus rasgos: “cuando se realiza sistemática y generalizadamente, en los noticieros, en los programas de opinión, de espectáculos o a través de infomerciales”.⁵⁹ Además, advierte sobre sus efectos:

1) produce inequidad porque los candidatos y partidos con mayores recursos pueden adquirir más fácilmente esa propaganda; 2) es una propaganda que no es monitoreada obligatoriamente por el IFE [...], porque éste sólo monitorea obligatoriamente noticieros y no programas que difunden espectáculos o barras de opinión; 3) es propaganda que no se reporta al IFE y que no se fiscaliza; 4) es propaganda que no suele dejar huellas fiscales o contables, porque las operaciones se realizan en efectivo —constituye defraudación fiscal—, lo que dificulta la obtención de pruebas directas; 4) es propaganda que es pagada con recursos, muchas veces, de procedencia desconocido, y que, por tanto, viola los principios y reglas en materia de financiamiento y fiscalización; 5) es propaganda que puede constituir lavado de dinero y otras faltas administrativas, e incluso delitos.⁶⁰

⁵⁷ Castillo Sandoval Jesús, “Propaganda prohibida sancionable vs propaganda prohibida que no es posible ser sancionada”, en *Estudios de Derecho Electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Jorge Fernández Ruiz (coord.), México, UNAM, 2011, p. 205.

⁵⁸ Luna Pla Issa, “Publicidad electoral de los partidos políticos en radio y televisión”, en *Nuevos escenarios del derechos electoral: los retos de la reforma de 2007-2008*, John M. Ackerman (coord.), Serie Doctrina Jurídica No. 498, IJ-UNAM, México, 2009, p. 179.

⁵⁹ Cárdenas Gracia Jaime, *op. cit.*, p. 159.

⁶⁰ *Ibidem.*, pp. 159-160.

La mayoría de los casos sobre propaganda encubierta pueden dividirse en tres tipos: a) los que involucran a la actividad periodística y su desarrollo dentro de programas informativos o de entretenimiento; b) los que ocurrieron dentro de la publicidad comercial, c) y los que aprovecharon el internet u otros medios, con o sin la participación de figuras públicas.

1.3.1.1. Propaganda periodística

Respecto de la actividad periodística, importante por el precedente que fijó, tenemos el expediente SUP-RAP-234/2009. La entonces candidata a delegada Ana Gabriela Guevara denunció ante el Instituto Electoral del Distrito Federal (IEDF) a Demetrio Sodi de la Tijera, también candidato, y a *Televisa* por vulnerar la prohibición constitucional de compra de tiempo en televisión. El 23 de mayo 2009 Demetrio Sodi acudió al estadio de Ciudad Universitaria a ver un partido de fútbol, estaba en su palco y, de pronto, un reportero de *Televisa Deportes* que se paseaba por ahí decidió entrevistarlo. A la pregunta “¿Qué haciendo por aquí, candidato?”, Sodi responde: “En el momento que tenga la oportunidad de gobernar la Miguel Hidalgo me voy a dedicar a promover el deporte y...”.

En primer lugar, la Sala Superior del TEPJF determinó que los géneros periodísticos quedan excluidos de la expresión constitucional “cualquier modalidad de radio y televisión”; esos espacios, luego de una interpretación armónica con el artículo 6° constitucional, se deben presumir siempre auténticos y genuinos.⁶¹

Por otra parte, fijó los criterios para, en general, saber cuándo se está en presencia de un ejercicio auténtico de periodismo —en el aspecto cualitativo, que muestren preferencia o animadversión; en el cuantitativo, que el contenido debe

⁶¹ “La interpretación sistemática y funcional del artículo 41, base III, apartado A, párrafo segundo de la Constitución; con el reconocimiento de la libertad de expresión e información, previsto en el artículo 6°, conduce a la conclusión de que el objeto de la prohibición constitucional no comprenden los tiempos en radio y televisión que se empleen para la difusión de las distintas manifestaciones periodísticas, auténticas y genuinas, por parte de esos medios de comunicación”: en SUP-RAP-234/2009 y acumulados, Considerando Séptimo, III.

ceñirse al contexto de la transmisión y no repetirse durante periodos prolongados y en otros espacios—; y, en lo particular, respecto de las entrevistas: que el personaje sea relevante, haya diálogo y sea con el objeto de obtener información.

Finalmente, en el caso concreto, la Sala Superior confirmó que sí existió propaganda pero que ésta no podía sancionarse porque no existían pruebas objetivas sobre la existencia de un convenio y, sobre todo, porque fue emitido dentro de un género periodístico genuino⁶². De este modo, los magistrados, apoyados en una visión laxa del periodismo, abrieron la posibilidad de que exista propaganda y no se sancione por el simple hecho de que la actividad periodística se presume auténtica.

La interpretación anterior es la base para la jurisprudencia 29/2010⁶³, y fue utilizada, entre otros, en un caso de suma relevancia, el SUP-JIN-359/2012, relativo a la nulidad de la elección presidencial de 2012; los criterios para determinar el carácter genuino de las entrevistas: fueron utilizados en los expedientes: SUP-RAP-7/2011, SUP-RAP-22/2011 y SUP-RAP-532/2011.⁶⁴

1.3.1.2. Propaganda en publicidad comercial

Ahora bien, los expedientes SUP-RAP-220/2009 y SUP-RAP-242-2009 son ejemplo de propaganda encubierta inserta en *spots* comerciales, donde se priorizó, esta vez, la equidad de la contienda y el derecho a la información. Las revistas

⁶² “quedó evidenciado en la presente resolución aún cuando se determinó que la aparición en el partido de fútbol Pumas vs. Puebla constituye propaganda electoral a su favor, la misma no es susceptible de ser sancionada por esta autoridad porque no se cumplen a cabalidad los elementos del tipo referente a los prohibición de contratar o adquirir espacios o tiempo en radio y televisión, así como al hecho de que resulta lógico de que los medios de comunicación difundan las actividades y propuestas de los candidatos pues su función principal es reseñar los acontecimientos que estimen relevantes”: en SUP-RAP-234/2009 y acumulados, Considerando Séptimo, III.

⁶³ Jurisprudencia 29/201, publicada en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 7, 2010, páginas 38 y 39, rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. LA AUTÉNTICA LABOR DE INFORMAER NO CONTRAVIENE LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR O CONTRATAR TIEMPO.

⁶⁴ Gilas Karolina M., *op. cit.*, p. 22.

Cambio y TVyNovelas, en sus promocionales de televisión, aludieron al PVEM: su logo, sus propuestas y el crecimiento de su fuerza política. Por un lado, *Televisa* y *Televisión Azteca* alegaron que no se violó la prohibición de contratación porque actuaron en estricto apego de su libertad de comercio: vendieron espacios para publicidad y no para propaganda. Por el otro, las editoras argumentaron que los contenidos no se adecuaban a la definición de propaganda prevista en el párrafo 3 del artículo 228 del COFIPE⁶⁵ y, además, no existía relación contractual entre ellas y el partido.

Respecto del primer punto, la Sala Superior resolvió que los concesionarios, como garantes del principio de equidad en la contienda, están obligados a revisar los comerciales que transmiten y excluir aquellos que favorezcan a partidos políticos y/o candidatos, sin que ello configure una especie de censura previa. Este criterio fue base de la jurisprudencia 4/2010⁶⁶, y se utilizó, por ejemplo, en el SUP-RAP-18/2012 para sancionar a Televisión Azteca, por permitir que, durante una pelea de Juan Manuel Márquez en Estados Unidos, éste utilizara un calzón con el estampado del PRI.

En cuanto al segundo argumento, los magistrados optaron por un interpretación amplia del concepto de propaganda, donde, más que satisfacer los requisitos formales del párrafo 3 del artículo 228, se priorice identificar si existe o no la intención de promover a un partido o candidato, aún y cuando el emblema y demás distintivos de un partido se introduzcan en el mensaje sólo de manera marginal o circunstancial. Es decir, no es necesario cumplir con la calidad de

⁶⁵Artículo 228.

(...)

3. Se entiende por propaganda electoral el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus simpatizantes, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas.

⁶⁶ Jurisprudencia 4/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 6, 2010, páginas 31 y 32, rubro: PROPAGANDA POLÍTICO ELECTORAL. SU EXCLUSIÓN DE LOS MENSAJES COMERCIALES O PROGRAMAS TRANSMITIDOS POR RADIO Y TELEVISIÓN NO CONSTITUYE CENSURA.

partido, candidato o simpatizante para que exista propaganda y de esto se desprende que tampoco es indispensable acreditar un acto bilateral entre el partido y la empresa para acreditarla. Este criterio, a su vez, dio pie a la jurisprudencia 37/2010.⁶⁷

Otro caso de publicidad comercial es el SUP-RAP-141/2013. Aquí la controversia se suscitó por la difusión de dos promocionales en radio que invitaban a un evento musical en un parque de Mexicali, Baja California, pero que coincidía con un acto de campaña de un candidato a presidente municipal por el PRI. Además, la invitación utilizaba su lema de campaña: “El futuro es hoy”. Pese a la inexistencia de un vínculo cierto entre la radiodifusora y el candidato o el partido, la Sala Superior determinó que, para infringir la prohibición, “basta que el análisis de contexto, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar, permitan tener a la autoridad electoral plena convicción de que con el mensaje se pretendió influir en las preferencias”.⁶⁸ De lo contrario:

...condicionar la actualización de la infracción a la acreditación de un elemento subjetivo de difícil comprobación, como el vínculo entre un candidato y un tercero, haría nugatoria la prohibición legal, pues conforme con las reglas de la experiencia, los sujetos que se conducen de manera ilícita o contraria a derecho, hacen lo posible por borrar los vestigios o huellas de su comportamiento, con el claro objetivo de que la autoridad correspondiente no pueda estar en condiciones de imputarles responsabilidad, de ahí que establecer este tipo de obligaciones procedimentales podría oponerse al fin perseguido por la legislación.⁶⁹

⁶⁷ Jurisprudencia 37/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 7, 2010, páginas 31 y 32, rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. COMPRENDE LA DIFUSIÓN QUE SE REALIZA EN EL CONTEXTO DE UNA CAMPAÑA COMICIAL CUANDO CONTIENE ELEMENTOS QUE REVELAN LA INTENCIÓN DE PROMOVER UNA CANDIDATURA O UN PARTIDO POLÍTICO ANTE LA CIUDADANÍA.

⁶⁸ SUP-RAP-141/2013, p. 45.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 36.

Esta sentencia fue uno de los precedentes para configurar la jurisprudencia 17/2015⁷⁰, que se aparta de las exigencias formales e inclina la carga probatoria en la presuncional.

1.3.1.3. Propaganda en internet

Miguel Ángel Yunes, aún como precandidato del PAN y PRD a la gubernatura de Veracruz para la elección 2016, abrió un página en *Facebook* y ahí subió videos donde habló de sus propuestas si llegara a ser mandatario: “no a las fotomultas”, “no a la verificación vehicular”. El PRI demandó y exigió sanción por actos anticipados de campaña.

Al asunto le correspondió el expediente SUP-JRC-168/2016 y la Sala Superior declaró infundada la pretensión porque, al igual que como ocurre con los géneros periodísticos, las expresiones en redes social deben presumirse auténticas:

...en principio, el solo hecho de que un usuario de Facebook que tenga la calidad de aspirante, precandidato, candidato a algún cargo de elección popular publique contenidos a través de sus redes sociales en los que exterioricen su punto de vista en torno a temas que sean de su interés es un aspecto de goza de una presunción de un actuar espontáneo.⁷¹

La mencionada resolución de pie a dos jurisprudencias, la 17/2016⁷² y la 19/2016.⁷³ En ellas se establece que toda vez que el internet es un medio que,

⁷⁰ Jurisprudencia 17/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 8, Número 17, 2015, páginas 42 y 43, rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. PARA ACREDITAR LA ADQUISICIÓN DE TIEMPO ES INNECESARIO DEMOSTRAR SU CONTRATACIÓN.

⁷¹ SUP-JRC-168/2016, p. 32

⁷² Jurisprudencia 17/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 18, 2016, páginas 28 y 29, rubro: INTERNET. DEBE TOMARSE EN CUENTA SUS PARTICULARIDADES PARA DETERMINAR INFRACCIONES RESPECTO DE MENSAJES EMITIDOS EN ESE MEDIO.

⁷³ Jurisprudencia 19/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 18, 2016, páginas 33 y 34, rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES. ENFOQUE QUE DEBE ADOPTARSE AL ANALIZAR MEDIDAS QUE PUEDAN IMPACTARLAS.

mejor que otro, facilita el acceso de las personas a la información y propicia un debate amplio y robusto, ante una posible conducta infractora, debe potencializarse la protección de la libertad de expresión. Las otras dos sentencias que configuraron ese precedente son las SUP-RAP-542/2015 y SUP-RAP-16/2016 y su crítica será objeto del capítulo 3 de este trabajo.

No obstante, el grave problema de considerar como auténticas todas las expresiones en internet y, en particular, en redes sociales, es perder de vista los usos que se le pueden dar a las bases de datos en poder de las empresas digitales. Es el caso del *Brexit* y de la campaña electoral de Donald Trump en 2016, donde *Cambridge Analytica*, sin el consentimiento de los usuarios, recopiló alrededor de 500 millones de perfiles de Facebook para —a partir de conocer sus gustos, estados de ánimo y redes de amigos— cambiar y dirigir su comportamiento electoral.⁷⁴ Y fue posible porque con esa información se creó propaganda personalizada y noticias falsas, cuyo efecto fue “infundir ideas en la sociedad, ya sea para poner en agenda un tema o polarizar a los electores”.⁷⁵

Además, sin necesidad de recurrir a empresas de análisis de datos, *Facebook* y *Twitter*, por ejemplo, utilizan la información de sus usuarios para personalizar la publicidad que venden, sin importar que sea comercial o política.

⁷⁴ Granville Kevin, “Facebook and Cambridge Analytica: What You Need to Know as Fallout Widens”, *The New York Times*, 19 de marzo de 2018, en: <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html?ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article>

⁷⁵ García Fernández Aníbal, “Cambridge Analytica, el big data y su influencia en las elecciones”, 27 de marzo de 2018, *CELAG*, en: https://www.celag.org/cambridge-analytica-el-big-data-y-su-influencia-en-las-elecciones/#_ftn2

Capítulo 2: El Derecho como Argumentación

La argumentación tiene que ver con las respuestas que damos para resolver los problemas a los que nos enfrentamos en la vida diaria y, en qué medida, éstas llegan a ser más o menos racionales, más o menos estructuradas y más o menos convincentes. Desde la antigüedad quedó claro que son dos los grandes problemas del ser humano: su relación con el mundo y su relación como especie. Quedó también claro que la humanidad es caprichosa y, como ese personaje de comedia mexicana, un día decimos una cosa y al otro día la otra. Sin embargo, el hecho de que nos estén vedadas las conclusiones universales para los problemas éticos y morales, no significa que no debamos esforzarnos por encontrar o construir las mejores soluciones posibles. Tradicionalmente, son tres las disciplinas que ayudan a la consecución de este fin: la lógica, la dialéctica y la retórica. Es en este punto es donde surge la controversia, ¿qué camino es el adecuado? Hay dos respuestas: o se pone el énfasis en alguna o se busca la manera de integrarlas.

En el derecho la argumentación es, sobre todo, un problema metodológico: cómo deciden los jueces y qué razones emplean para ello. Para los casos fáciles la lógica deductiva parece suficiente. Sin embargo, para las continuas tensiones entre los fines del legislador y los derechos fundamentales que se dan en el seno del estado constitucional democrático, es indispensable otro método. Así, este capítulo está dividido en dos partes. La primera sigue, por su claridad y sistematicidad, la obra de Manuel Atienza en lo referente a las generalidades de la argumentación. La segunda parte, por desarrollar una teoría integradora de la argumentación basada en la posibilidad de fundamentar racionalmente los enunciados prácticos y, tal vez, una de las más consistentes para resolver conflictos entre principios, está dedicada a Robert Alexy.

2.1. El porqué de la argumentación

El interés por la argumentación jurídica a partir de la segunda mitad del siglo XX puede leerse como resultado de la crisis del positivismo normativista luego de la Segunda Guerra Mundial. Para Manuel Atienza, además, este interés se explica, en orden de importancia, por cuatro factores: internacional, político, teórico y práctico. Internacional y político porque el tránsito del estado legislativo al estado constitucional ha supuesto una nueva definición de democracia. Ésta demanda mayores cargas de argumentación tanto para la persuasión de mayorías como para la corrección del sistema, pues los derechos fundamentales condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho.

Mención aparte merecen los intereses teóricos y prácticos. Éstos se vinculan, respectivamente, con la crítica y con la exigencia hacia las concepciones del derecho del siglo XX porque no incorporaron una dimensión argumentativa.

El formalismo jurídico se caracteriza por simplificar las operaciones de interpretación y aplicación. Los aplicadores, al considerar al derecho esencialmente como normas, dejan de un lado las condiciones particulares de los casos, o bien, dejan fuera razones que, al no ajustarse al supuesto establecido, no tienen necesidad ni obligación de considerarlas. El positivismo normativista —al menos el sostenido por Kelsen— hace énfasis en el estudio estructural del Derecho, como conjunto de normas, frente a una perspectiva funcional o valorativa; considera “la justicia como un ideal irracional y, en consecuencia, la negación de la posibilidad de la razón práctica”.⁷⁶ Otras razones, señaladas por Cárdenas Gracia son que, en el positivismo, “la indeterminación de las reglas incide en la indeterminación y vaguedad del derecho”, por tanto “la interpretación es un acto de voluntad discrecional”.⁷⁷

⁷⁶Atienza Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012, col. Derecho, p. 29.

⁷⁷ Cárdenas Gracia Jaime, *La argumentación como derecho*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, Serie Doctrina Jurídica no. 210, pp. 64-65.

Pese a que el realismo jurídico sí considera el derecho como una práctica social, sostiene que las decisiones judiciales sólo pueden explicarse por consideraciones subjetivas del operador de tal modo que, aunque los juicios de valor sí juegan un papel importante, éstos no son racionales. De ahí que el realismo tenga un enfoque conductista: pretende explicar o predecir conducta de los jueces pero no justificar sus sentencias.

El iusnaturalismo, en su variante más extendida, se ha ocupado por determinar la naturaleza del derecho. La consecuencia de esta aproximación es una falta de interés por cuestiones metodológicas. El iusnaturalismo del siglo XX ha sido, en gran parte, “una filosofía de del Derecho de los filósofos, preocupada por aplicar al Derecho una filosofía general y no una filosofía [...] construida a partir de los problemas que los juristas”.⁷⁸

Atienza sostiene que las teorías del derecho arriba mencionadas tienen en común su falta de pragmatismo: resultan inviables o son incapaces de incidir en las prácticas sociales. En este sentido, según Toulmin, pragmatismo debe entenderse como “el nombre de una actividad mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios por el bien de los hombres”.⁷⁹ Así, para el caso de derecho, un enfoque pragmático se identifica con la exigencia de una concepción más dinámica y abierta que lo vincule de forma más efectiva con otros aspectos sociales —morales, políticos, económicos— y que, más que describir un objeto dado, contribuya a mejorar una práctica.

En síntesis y en particular sobre el caso mexicano, el Dr. Jaime Cárdenas señala que resulta necesario el estudio de la argumentación:

⁷⁸Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁹ *Ibidem*, p.58.

Primera, porque siempre ha ocurrido así; segunda, porque cada vez más, los aplicadores del derecho adquieren una preponderancia mayor en cuanto a su independencia del Poder Ejecutivo; tercera, porque el derecho legislado ha sido históricamente incapaz de afrontar los múltiples problemas que la realidad plantea; cuarta, porque el derecho no es una colección de axiomas y ello obliga a argumentar sobre las normas y los casos; quinta, porque los llamados casos difíciles no pueden resolverse mediante el silogismo y la subsunción; sexta, porque el derecho es una manifestación cultural en donde las personas interactúan con razones; séptima, porque las mismas reglas legislativas son razones para la acción; octava, porque en condiciones democráticas, participativas y deliberativas, la solución de los casos de relevancia no es sólo cuestión de un argumento de autoridad; novena, porque el derecho es una realidad viva que adquiere sentido con la interpretación, y décima, porque las posibles soluciones a los casos son diversas, no existe una, y la autoridad está obligada jurídica y democráticamente a justificar su opción.⁸⁰

2.2. Concepto y concepciones de la argumentación

La complejidad para conceptualizar la argumentación viene dada porque es una palabra con muchas expresiones que no siempre guardan relación entre sí. Una manera de saltar este obstáculo sería aclarar la pluralidad de sus significados, o bien, dar el carácter de prioritario a sólo uno de ellos. Esto sería adecuado si resultara imposible identificar una propiedad o el conjunto de sus propiedades esenciales.

Sin embargo, en el caso de la argumentación jurídica hay, por lo menos, cuatro elementos que comparten los enfoques lógico, retórico y dialéctico: a) la argumentación es un uso especial del lenguaje, pues “su sentido es el de sostener una tesis, una pretensión, dando razones para ello”;⁸¹ b) la argumentación presupone siempre un problema —sea teórico o práctico, real o hipotético, concreto o abstracto— y su resolución; c) la argumentación siempre puede verse como

⁸⁰ Cárdenas Gracia Jaime, *op. cit.*, p. 2.

⁸¹ Manuel Atienza, *op. cit.*, p.72.

actividad o como resultado, como actividad ocurre entre el problema y la solución, como resultado es un conjunto de enunciados: premisa y conclusión; d) por último, la argumentación es una actividad racional, “no sólo en el sentido de que es una actividad dirigida a un fin, sino en el que siempre hay criterios para evaluar una argumentación”.⁸²

Estos elementos aparecen en todos los enfoques de argumentación, con las diferencias de que cada concepción pone énfasis en uno u otro elemento. Así, por poner un ejemplo de cada enfoque:

Entenderemos por “razonamiento” un discurso, más precisamente una secuencia de enunciados, uno de los cuales desempeña la función de tesis o conclusión y los restantes desempeñan la función de premisas, argumentos o razones en favor de aquella. Son sinónimos de razonamiento en este sentido: “inferencia” y “argumentación”.⁸³

Para Toulmin, en un primer sentido, la argumentación “es la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la posición a favor de la que argumenta un determinado hablante”; en un segundo sentido: “son interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten o se da vuelta a tales tramos de razonamiento”.⁸⁴

Para Chaïm Perelman, argumentar:

...es el conjunto de técnicas discursivas que permiten provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se les presenta su asentimiento [...]. Toda

⁸² *Ibidem*, p. 76.

⁸³ Guastini Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Silvina Álvarez Medina (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, El Derecho y la Justicia (col.), p. 225.

⁸⁴ Toulmin Stephen, *et. al.*, *Una introducción al razonamiento*, Lima, Palestra Editores, 2018, Col. Derecho y Argumentación, pp. 14-15.

argumentación pretende la adhesión de los individuos y por tanto supone la existencia de un contacto intelectual”.⁸⁵

Para Robert Alexy:

como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como “discurso”, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general.⁸⁶

Así, como se ve de las definiciones anteriores, hay unas que ven la argumentación como resultado —desde la lógica deductiva, Riccardo Guastini—, y otras como actividad —desde la dialéctica o la retórica, Toulmin y Perelman, respectivamente—; pero, al final, todas pretenden solucionar problemas y, para ello, habrá criterios racionales para evaluar ya sea su validez o su corrección material o procedimental.

A su vez, a partir de estas combinaciones —del acento que se ponga en cada elemento— pueden formularse distintas concepciones de la argumentación. Una distinción tradicional propone tres concepciones que se corresponden con las disciplinas de la Lógica, Retórica y Dialéctica. Manuel Atienza también sugiere una división tripartita pero en razón del pluralismo contextual, es decir, dependiendo del problema al que nos enfrentemos tendremos que elegir entre una u otra: “no es que tengamos distintas concepciones sobre el valor de argumentar, sino que somos conscientes de que no se argumenta —no se puede argumentar— igual en todos

⁸⁵ Perelman Chaïm y Olbrechts-Tyteca L., *Teoría de la argumentación. La Nueva Retórica*, Julia Sevilla Muñoz (trad.), Madrid, Editorial Gredos, 1989, Biblioteca Románica Hispánica, III. Manuales 69, p. 48.

⁸⁶ Alexy Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Segunda edición, Manuel Atienza e Isabel Espejo (trads.), Lima, Palestra Editores, 2015, Derecho y Argumentación (col.), p. 48.

los contextos”.⁸⁷ De ahí que hable de una concepción formal, material y pragmática. En la primera importa la inferencia; en la segunda, el valor de las premisas; en la última, la aceptación de una tesis por parte del contrincante o la persuasión de un auditorio.

2.2.1. Concepciones tradicionales: Lógica, Retórica y Dialéctica

La Lógica, dice Luis Vega, sería el lugar de las pruebas deductivas y demostrativas, “aquellas que discurren desde unos principios o puntos de partida iniciales e incontestables para establecer otra proposición verdadera que se sigue de ellas por necesidad”⁸⁸; el análisis de este tipo de argumentos interesa a las disciplinas formales —lógica, matemáticas— y al método científico.

La Retórica es “el lugar natural de los procesos de argumentación en los que desempeña un papel principal la comunicación personal dirigida a inducir ciertas creencias o a provocar determinadas reacciones y actuaciones”.⁸⁹ Lo importante aquí es la persuasión del auditorio. A *grosso modo*, sus características son: prevalecen discursos largos, dirigido a un público menos calificado, y avanza hacia una sola dirección donde no hay oportunidad para la crítica.

La dialéctica es “el lugar natural de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta, sea teórica o práctica, de orden especializado o de interés común”.⁹⁰ Aquí importan las reglas del proceso argumentativo. Algunas de sus características: las reglas, sobre todo, son para dirigir el comportamiento de los participantes; permite examinar pros y contras, lo que hace al discurso avanzar en espiral; el proponente tiene el imperativo de no caer en contradicción y el objetivo del oponente es conseguir que lo haga.

⁸⁷ Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁸ Vega Reñón Luis, *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*, Segunda edición, Barcelona, Montesinos, 2007, Biblioteca de divulgación temática 76, p. 29.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 30.

La concepción tradicional se remite, por un lado, a la oposición platónica donde la dialéctica es una disciplina teórica que ve a la argumentación como método de conocimiento y a la retórica como simple instrumento de persuasión. Por el otro, a la concepción aristotélica, donde dialéctica y retórica están enfocadas a la consideración de lo opinable, frente a la lógica formal que es vista como ciencia de la demostración que conduce a la verdad.

Sin embargo, Lilián Bermejo, en un ensayo que pretende desestimar la supuesta oposición entre Lógica, Retórica y Dialéctica interpretada a partir de la obra aristotélica, propone una tesis de complementariedad donde éstas son parte de un amplio instrumento de conocimiento:

El “Organon” representaría la empresa de fundar metodológicamente el quehacer teórico aristotélico [...]. Para esta empresa, no sólo la silogística analítica, sino también las reflexiones aristotélicas sobre la dialéctica, los tópicos y las falacias serían piezas fundamentales a las que, además habría que añadir las reflexiones de la “Retórica”, e incluso, la misma “Poética”: pues este proyecto, como un todo articulado, se ocuparía de la comunicación argumentativa en general, y no sólo de la teoría de la prueba y la inferencia.⁹¹

2.2.2. Concepciones de la argumentación según Manuel Atienza

2.2.2.1. Concepción formal

Esta concepción se enfrenta a problemas formales, entendiendo éstos como aquellos que no tiene que ver con la realidad sino con la abstracción del mundo. Por ello, para resolverlos no es necesario involucrarse (“comprometerse”) con el contenido. Es decir, no importa la verdad o corrección de las premisas y la conclusión, sino sólo los esquemas formales que permiten el paso de las premisas

⁹¹ Lilián Bermejo Luque, “La distinción aristotélica entre Lógica, Dialéctica y Retórica y su lugar en la Teoría de la Argumentación”, *Cogency*, Chile, Vol. 1, No. 2, Summer 2009, pp. 32-33.

a la conclusión —a este rasgo Atienza lo llama “enunciados no interpretados”—. La mayoría de las veces, pues, “la solución está en seguir las reglas de la inferencia deductiva”⁹². Por ello la solución será siempre una, siendo irrelevante la persona que los resuelva y las circunstancias en que lo haga. De aquí que la concepción formal puede entenderse también como teoría de la inferencia.

En cuanto al énfasis de la concepción formal por la argumentación como producto, es la inferencia válida. El fin último de este tipo de argumentos es la aplicación de esquemas formales que devengan en la validez de la conclusión, soportado por la corrección de la inferencia. En este sentido, dentro del género inferencia —el paso necesario de un enunciado a otro—, la más común de sus especies es la deductiva. Ésta cuenta con tres propiedades: monótona, reflexiva y transitiva. Es monótona porque la conclusión no cambia a pesar de que, posteriormente, se sigan añadiendo premisas; es reflexiva porque la conclusión se encuentra dentro de las premisas; y transitiva porque las consecuencias de las consecuencias pertenecen también al conjunto de premisas de origen.

Ahora bien, hay tres esquemas formales del razonamientos jurídico o tres tipos generales de justificación interna. Se diferencian porque son o no deductivos, por su propósito y por el tipo de razones que vehiculizan: la subsunción, la adecuación y la ponderación.

La subsunción está ligada a las reglas de acción o mandatos definitivos — obligan, prohíben o permiten algo de manera definitiva siempre que se cumpla su supuesto—. Su estructura es el silogismo: su premisa mayor será normativa general; su premisa menor, fáctica; conclusión, normativa individual.

La adecuación se aplica a normas reglas-fin, que indican la decisión que mejor realice un fin. Ésta, “tendría que seguir básicamente el esquema del razonamiento

⁹² Atienza Manuel, *op. cit.*, p. 81.

práctico aristotélico”.⁹³ Donde su esquema formal cuenta con cuatro premisas: premisa mayor normativa, que señala el objetivo a alcanzar; premisa menor fáctica; premisa adicional que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá a futura; y conclusión normativa individual.

La ponderación se vincula con los principios y el juez debe aplicarlos cuando no exista un vacío legal y cuando una norma resulta incompatible con otros principios del sistema. Hay dos tipos de principios: a) principios en sentido estricto, pueden identificarse con normas de acción,; y b) directrices, que se corresponden con las normas de fin, con objetivos políticos o económicos más amplios. De este modo hay también dos tipos de ponderación: ya sea que colisionan dos principios y cuando colisionan dos directrices.

La aplicación de los principios, dice Atienza, tiene dos etapas: convertir el principio en regla y a la regla creada se aplica subsunción o adecuación. La primera etapa es a lo que llamamos ponderación y ésta —tratándose de la colisión entre principios —, a su vez, consta de tres pasos: identificar la colisión, establecer la prioridad de un principio sobre otro y construir la regla de acción.

Como se ve, la dificultad en la ponderación se encuentra en el segundo paso: establecer la prioridad de un principio respecto de otro. Una respuesta para sortear este paso la ha construido Robert Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales* y será motivo de desarrollo más adelante. Por ahora, diremos que él toma en cuenta tres elementos para resolver este problema: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

Por otra parte, en la ponderación entre directrices los objetivos tienen que tomar en cuenta otros objetivos y, sobre todo, las limitaciones que prevén los principios. Esta ponderación es propia de los legisladores mientras que la primera compete, sobre todo, a los jueces.

⁹³ *Ibidem*, p. 165.

Pero, ¿qué pasa cuando entran en colisión un principio y una directriz? Esta respuesta es importante pues será la base de la propuesta metodológica en el siguiente capítulo, al respecto, Manuel Atienza dice:

Pero me parece que estos últimos supuestos podrían reconducirse, al menos en la mayoría de los casos, a algunos de los otros dos: a veces se trataría de una ponderación del primer tipo, en la que una directriz puede tener fuerza suficiente no para justificar la excepción de un principio, pero sí para limitar su alcance [...]. Y otras veces estaríamos en presencia de una ponderación del segundo tipo, de una concreción en la que los principios en sentido estricto juegan un papel consistente en limitar el campo de acción de las directrices.⁹⁴

Finalmente, resta por señalar, de manera amplia, las dos grandes objeciones que, desde el lenguaje natural, se hacen a la concepción formal como inferencia deductiva: la relación de implicación material y la relación con los contextos intencionales. La primera significa que entre el antecedente y el consecuente no necesariamente existe una conexión explicativa o causal, “sino que expresa únicamente la idea de que el antecedente no puede ser verdadero cuando el consecuente es falso”⁹⁵. La segunda sostiene el riesgo de sustituir una expresión intencional —que contenga términos modales, deónticos o epistémicos— pues “la sustitución de un término por otro con la misma extensión puede hacer que cambie el valor de verdad de la frase”.⁹⁶

2.2.2.2. Concepción material

Esta perspectiva se interesa por resolver problemas relativos a explicar y justificar. Los primeros, sobre todo, son propios de las ciencias naturales y explican “cómo fue, es o será el mundo (razonamiento teórico)”; los segundos, justifican “cuál debe

⁹⁴ *Ibidem*, p. 170.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 116.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 117.

ser (o cuál debería haber sido o cuál debería ser en el futuro) la decisión a tomar o la acción a emprender dadas determinadas circunstancias (razonamiento práctico)".⁹⁷ Quien resuelve un problema como estos se interesa por dar buenas razones. Y ya que dar buenas razones es dar buenas premisas, también se le conoce a esta concepción como teoría de las premisas.

En este sentido, lo siguiente a precisar es: qué es una razón, qué es una buena razón, qué caracteriza al razonamiento práctico —en general—, y qué la razonamiento jurídico —en particular—. En ese orden, Atienza da la siguiente definición de "razón":

Las razones serían los contenidos de los enunciados, o sea, lo que los enunciados significan, lo que hace que los mismos puedan ser considerados como correctos o verdaderos [...]. De manera que, en algún sentido, lo que hace a los enunciados verdaderos o correctos tiene que ser algún tipo de realidad (de «hecho», en el sentido amplio de «lo existente»). Las razones, en consecuencia, podrían considerarse como entidades pertenecientes a alguna de las categorías que cabe utilizar para clasificar lo existente.⁹⁸

Así, las razones o entidades de lo existente, pueden agruparse en cuatro categorías: hechos del mundo externo o físico; hechos del mundo interior o psicológico; hechos del mundo institucional, como deberes y los valores que dependen de la existencia de normas; y hechos generales, que combinan hechos simples: una norma, por ejemplo, une un hecho natural con otro institucional.

Ahora bien, los problemas relativos a justificar una decisión o una acción de llaman razonamientos prácticos. Según la clasificación arriba señalada, este tipo de razonamiento se caracteriza porque, al menos una de sus premisas, es un hecho institucional o un hecho generales; es decir, razones de acción: deberes, preferencias, deseos, intereses, normas o valores. Y su conclusión establece que

⁹⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 204.

una acción o decisión es debida, deseada o valiosa. O en palabras de Joseph Raz, la estructura de un razonamiento práctico está dividida por una razón operativa y una razón auxiliar. La primera es una razón de acción y la segunda es un juicio fáctico que justifica satisfacer la razón operativa.

Las razones de acción, a su vez, puede clasificarse por su motivación —según provengan del mundo interno o externo del agente, “autoritativas”—; por su peso —resuelven conflictos entre razones y determinan cuál debe prevalecer, en derecho pueden ser “perentorias” o “no perentorias”—; por su alcance —consideran las circunstancias en las que se debe aplicar una razón—; y por su contenido o “sustantivas”.

En concreto, puesto que el derecho tiene que ver con el comportamiento humano y está orientado hacia la acción, el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico. Su principal peculiaridad es “que la premisa práctica es una norma o un valor, esto es, entidades objetivas, en el sentido de que no pueden verse como la expresión de deseos individuales o colectivos de los agentes”⁹⁹. Como razones de acción, las normas y los valores tienen dos aspectos: uno directivo, como guías de conducta, y otro justificativo, como valoración de conducta. No obstante, cuando la razón de acción es una norma importa más el aspecto directivo; cuando lo es un valor, importa más el aspecto justificativo.

Lo anterior no significa que el razonamiento jurídico no contenga razonamientos teóricos, pues estos serán necesarios cuando se tenga que probar o explicar un hecho.

Finalmente, las peculiaridades de las razones jurídicas, si se ve al Derecho como sistema, pueden identificarse del modo siguiente: los enunciados jurídicos de carácter práctico se expresan en normas constitutivas y regulativas. Por ser

⁹⁹*Ibidem.*, p. 200.

susceptibles de ser calificadas por su peso y relevancia, sólo dedicaré atención a las regulativas. Éstas se dividen en reglas y principios.

Las reglas, sean de acción o de fin, para ser relevantes, deben contar con tres elementos: aplicabilidad, deber de ajustarse sin duda al hecho del caso concreto; interpretación, adecuar su significado; y validez, obligación de aplicarla porque pertenece al sistema. En cuanto a su peso, las reglas serán de carácter perentorio —“dentro de su alcance, derrotan a todas las posibles concurrentes con ellas y excluyan por ello la deliberación”¹⁰⁰— siempre que se trate de un caso fácil. Es decir, que al utilizarla no planteen problemas de aplicación, validez o interpretación.

Los principios, sean de acción o de fin, surgen de los casos difíciles, precisamente porque hay varias reglas aplicables pero opuestas, o no hay una regla válida aplicable o esa regla no puede ser aplicable por su contenido. Así, aunque en principio el peso de los principios es no perentorio —suministran razones de decidir pero no tienen carácter concluyente—, al momento de aplicarlos, su peso puede determinarse ya sea por criterios formales o materiales. Los criterios materiales son formalistas si la tensión se resuelve a favor de razones autoritativas, pues garantizan el funcionamiento y coherencia del sistema; son deontologistas cuando tiene más peso la protección de derechos fundamentales, pues son valores últimos; y son consecualistas cuando tiene más peso los fines del legislador, pues son valores utilitarios.

2.2.2.3. Concepción pragmática

Este enfoque resuelve problemas relativos a la interacción para discutir con otro o con otros y donde el objetivo es que éstos acepten nuestra posición, ya sea mediante el cumplimiento de ciertas reglas durante el debate o bien por el uso adecuado de técnicas por parte del orador. Se adjetiva pragmática porque “lo central aquí son los efectos que producen las argumentación y porque se tiene en

¹⁰⁰*Ibidem*, p. 219.

cuenta, de manera esencial, las circunstancias, los roles y las acciones de quienes argumentan”¹⁰¹. O dicho de otro modo:

...además de los enunciados (premisas y conclusión), cobran un especial protagonismo los actores (el orador, el proponente, el auditorio), la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad (persuadir, resolver diferencias de opinión, etc.) o las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes en la misma: qué tipos de actos lingüísticos, en qué ocasión les está permitido o prohibido ejecutar.¹⁰²

Así, preocupada por los efectos que producen, esta concepción se divide en una de tipo dialéctico y otra de tipo retórico. En la primera, el diálogo se caracteriza porque avanza en la medida en que los participantes se apoyan en lo que el otro ha dicho; además, tiene dos finalidades: cuando busca cooperar para alcanzar la verdad se llama dialógica; cuando sólo pretende vencer, será estratégica. En la segunda el objetivo principal es persuadir, para ello puede tomar como base creencias o sentimientos que comparte su auditorio.

Mientras que en las concepciones formal y material la argumentación es una actividad individual, aquí es necesariamente una actividad social; otra diferencia es que la concepción pragmática se interesa por la aceptación de sus premisas y no tanto por su verdad o corrección. Aceptación en la dialéctica porque el diálogo sólo avanza en la medida que se produzca aceptación; aceptación en la retórica porque es el punto de partida para involucrar al auditorio.

En cuanto a sus criterios de corrección, en la dialéctica son de carácter procedimental, las reglas del discurso; en la retórica, al ser una actividad que carece de contendientes no puede hablarse de reglas de discurso pero sí de reglas técnicas donde su inobservancia puede no generar persuasión.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 86.

¹⁰² *Ibidem*, p. 249.

Ahora bien, por lo que toca a la dialéctica, ésta tiene varios tipos de diálogos según la intensidad que se persiga y cada uno cuenta con sus propias reglas de procedimiento. Frans H. Van Eemeren y Rob Grootendorst, nos dice Atienza, distinguen entre ocho clases: la riña, el debate forense, discusión crítica o diálogo racional, investigación, negociación, búsqueda de información, incitación a la acción y diálogo educativo. Por el grado de racionalidad, la menos importante sería la riña y, la más, la discusión crítica.

A este último tipo de discurso, que pretende la racionalidad, le corresponden las reglas del discurso racional. Éstas fueron desarrolladas en el modelo Van Eemeren y Grootendorst y también en los de Habermas y Alexy. Los primeros proponen un decálogo de conducta para resolver de manera razonable diferencias de opinión. Dentro de sus reglas hay algunas dirigidas a garantizar el juego limpio y otras a garantizar la pertinencia y eficacia de los argumentos. Todas pueden ser utilizadas en las distintas partes del diálogo: en la apertura, confrontación o conclusión. Por lo que hace a las reglas del discurso racional formuladas por Alexy, serán estudiadas en un apartado posterior.

En cuanto a las operaciones esenciales de la Retórica, desde la Antigüedad, son tres: la *inventio*, que fija la controversia a resolver y es la búsqueda de los argumentos para apoyar o refutar, éstos, a su vez, “son tomados de los lugares comunes, de los tópicos [...], la persuasión retórica sólo es posible si hay puntos, premisas, compartidas por ambas partes”¹⁰³; la *dispositio*, a la que corresponde la organización del discurso introducción, exposición, presentación de pruebas favorables, refutación de las contrarias y conclusión; y *elocutio*, a la que concierne el estilo del texto, su embellecimiento.

Para concluir, basta señalar las objeciones a la concepción pragmática. Respecto del discurso racional se señala su falta de realismo pues “hay muchos contextos en la vida social (y jurídica) en los que no parece que se den las

¹⁰³ *Ibidem*, p. 272.

condiciones o presupuestos para que puedan aplicarse las reglas de ese tipo de diálogo”¹⁰⁴ y, no por ello, pueden calificarse como deficitarias. El reproche hacia la Retórica es por su falta de legitimada, pues si sus reglas son esencialmente técnicas esto no impide que puedan ser utilizadas para persuadir de lo falso o de lo injusto.

2.2.3. Concepción de la argumentación jurídica

En la práctica jurídica, las tres concepciones de la argumentación desarrolladas líneas arriba frecuentemente se combinan. El litigante debate con su contraparte para efecto de persuadir a un juez; éste, al resolver, aplicará algún esquema formal válido y, además, tendrá la obligación de justificar su decisión: explicar qué criterios de racionalidad empleó. La explicación que da Atienza de por qué la combinación de las tres concepciones resulta necesaria es la siguiente:

Esas tres concepciones están íntimamente conectadas con algún valor básico de los sistemas jurídicos: la certeza, con la concepción formal [...]; la verdad y la justicia con la concepción material; y la aceptabilidad y el consenso, con la concepción pragmática. El ideal de la motivación judicial podría expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión.¹⁰⁵

Esta opinión integradora es la comparte también Luis Vega Reñón:

La perspectiva que más me gustaría no es una de estas tres [Lógica, Dialéctica, Retórica], en particular, sino una que fuera capaz de integrarlas y de contemplar la bondad lógica de un argumento en el marco de la calidad dialéctica y la eficacia retórica de la argumentación correspondiente, y en orden a un buen hacer o a un

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 269.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 97.

saber desenvolverse en situaciones conversatorias y discursivas de prueba, confrontación, discusión, etc.¹⁰⁶

2.3. Los precursores

Los primeros estudiosos de la argumentación que aparecieron al inicio de la segunda mitad del siglo XX, se caracterizaron, sobre todo, por su oposición a la lógica formal deductiva por su incapacidad de explicar a la totalidad el razonamiento práctico. Lo anterior no impidió que cada concepción, a pesar de poner su énfasis en el aspecto material o pragmático, no lograra combinar ambas. Los modelos de Viehweg y Perelman son, en esencia, retóricos: el primero enfocado a los tópicos como generadores de buenas razones y el segundo en la persuasión de diversos auditorios. El de Toulmin es un modelo dialéctico, caracterizado por el diálogo entre el oponente y el proponente; pero, además, también le interesan aspectos materiales como la fuerza de los argumentos.

Sin embargo, a partir de la década de 1970 surgió otro grupo de pensadores que reflexionó sobre la argumentación. Entre ellos destacan Aulis Aarnio, Neil MacCormick, Alexander Peczenick y Robert Alexy. Su principal diferenciador es la pretensión de integrar las tres dimensiones de la argumentación y otorgan una especial atención, de nuevo, al aspecto formal deductivo.

2.3.1. Theodor Viehweg

En su obra principal, *Topik und Jurisprudenz* (1953), este jurista y filósofo alemán planteó el debate de recuperar la tópica en la teoría y la práctica jurídica. En ella, Viehweg comienza con un repaso histórico del origen y desarrollo de la tópica: “surge con Aristóteles, se perfecciona con Cicerón, y explica cómo los juristas romanos planteaban sus argumentos utilizándola. En la Edad Media [...] los

¹⁰⁶ Vega Reñón Luis, *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Lima, Palestra Editores, 2015, Derecho y Argumentación (col.) No. 4, p. 81.

glosadores, los posglosadores y los comentaristas la emplearon ampliamente” hasta que “cayó en desuso por la generalización del pensamiento lógico-formal y el predominio del racionalismo, lo que se vio aún más acentuado con la codificación”.¹⁰⁷

En realidad, el punto de partida aristotélico —como lo será con Perelman— es la clave del desarrollo de la ideas de Viehweg. Comencemos por decir que la tópica es una parte de la retórica. O mejor dicho, es una técnica para buscar y examinar las premisas propias del discurso retórico. Éstas se denominan *topos* o lugares comunes y, en términos formales, son proposiciones que se consideran como probablemente verdaderas pues, pese a que su grado de generalidad es variable según el contexto, las afirmaciones o negaciones que contienen no son demostrables. A diferencia de lo que ocurre sí con los argumentos apodícticos, donde sus proposiciones son verdaderas porque son demostrables sin importar las circunstancias. De ahí que los argumentos dialécticos sean más afines a los problemas humanos y los apodícticos a los problemas científicos. Por tanto, “los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas”.¹⁰⁸

Una vez hechas estas precisiones, surgen dos interrogantes: ¿por qué el Derecho debería renunciar al método deductivo —o dicho de otra forma, por qué persistir en dotar a la técnica jurídica de un carácter científico— y optar por la tópica? y ¿cómo tendría que vincularse entonces la tópica con la técnica jurídica? A la primera pregunta, Viehweg dice que:

Mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos para su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay

¹⁰⁷ Cárdenas Gracia Jaime, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁸ Atienza Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, Serie Doctrina Jurídica no. 134, p. 34.

otras, en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando se presenta este caso, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra evidentemente la jurisprudencia.¹⁰⁹

Así, la alternativa para dejar de persistir en dotar a la técnica jurídica de un carácter científico, es “concebirla como una forma de aparición de la incesante búsqueda de lo justo de la que emana el derecho positivo y que se continua de la mano del derecho positivo”.¹¹⁰

Por lo que toca a la segunda pregunta, responde:

Toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución.¹¹¹

Es decir, la tópica sirve para resolver los casos difíciles en el derecho, cuando haya, por ejemplo, vacíos o contradicciones. En este punto, la objeción que realiza Manuel Atienza es que Viehweg no propone una jerarquía dentro de los topoi; esa omisión deviene en un problema para fijar la racionalidad de la decisión judicial, de manera que “para resolución de una misma cuestión cabría utilizar tópicos distintos, que llevarían también a resultados diferentes”.¹¹²

Para cerrar, lo importante en la obra de Viehweg, dice Atienza, fue mostrar “la necesidad de razonar también donde no caben fundamentaciones concluyentes y

¹⁰⁹ Viehweg Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Díez Picazo L. (trad.), Madrid, Taurus, 1964, p. 129

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 124.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 50.

¹¹² Atienza Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.*, p. 34.

la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica”¹¹³; y su mérito fundamental: “no es el de haber construido una teoría, sino haber descubierto un campo de investigación”.¹¹⁴

2.3.2. Chaïm Perelman

Filósofo del derecho, nació en Polonia en 1912 y murió en Bélgica en 1984. Durante el nazismo Perelman se dedicó a reflexionar sobre la justicia; fue esta inquietud la que lo llevó a plantearse el problema acerca de cómo razonamos cuando estamos frente a juicios de valor. La respuesta le llegó tiempo después con la lectura de la *Retórica* aristotélica y la concretó en 1958 cuando, en colaboración con Lucie Olbrechts-Tyteca, escribió *La Nueva Retórica. Tratado de la Argumentación*.

Con dicha obra, el objetivo principal de Perelman fue el de “ampliar el campo de la razón más allá de los confines de las ciencias deductivas y de las ciencias inductivas o empíricas, para poder dar cuenta también de los razonamientos que se presentan en las ciencias humanas, en el derecho y en la filosofía”.¹¹⁵ Por ello, su punto de partida, como Theodor Viehweg, fue la distinción entre razonamiento apodíctico y el razonamiento dialéctico. El primer tipo, como ya se ha mencionado, se mueve en el terreno de la necesidad, ya que entre las premisas y la conclusión hay una relación de necesariedad: sus conclusiones pretenden establecer verdades universales; el segundo tipo se mueve en el terreno de lo plausible, entre sus premisas y conclusión hay relación de contingencia: su conocimiento consisten en determinar lo aceptable o no de cierta opinión o decisión. He aquí la razón de por qué ubicar los razonamientos de las disciplinas humanas dentro del segundo tipo.

Al analizar la estructura los razonamientos dialécticos o retóricos, en particular del derecho y la política, Perelman se percató de que, más que un encadenamiento

¹¹³ *Ibidem*, p. 42.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 47.

de inferencias, su principal característica es que se trata de “un proceso en el todos los elementos interaccionan constantemente”, por tanto “considera que la estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido: la solidez es muy superior a la de cada hilo que constituye la trampa”.¹¹⁶ En este sentido, si bien Perelman ve la argumentación como un proceso, la razón por la que denomina su teoría como “retórica” y no como “dialéctica” es porque sus preocupaciones giran en torno a la persuasión y, en consecuencia, en los tipos de auditorios.

Su *Tratado* está dividido en tres partes: a) los presupuestos de la argumentación; b) los puntos de partida; y c) las técnicas argumentativas.

a) Por lo que toca a los presupuestos, señala los tres elementos que participan: el discurso, el orador y el auditorio, Este último el más importante y, a su vez, se subdivide en auditorio universal, auditorio ante un oyente (el debate) y la deliberación con una mismo. El auditorio universal es un concepto importante porque vincula su concepción pragmática de la argumentación con una material, es decir, con la necesidad no sólo de persuadir sino con las obligación de dar buenas razones para ello: “Una argumentación persuasiva es aquella que sólo vale para un auditorio particular, mientras que una argumentación convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón [auditorio universal]”.¹¹⁷

b) El punto de partida de la argumentación significa cómo elijo y cómo presento un punto de acuerdo entre el orador y el auditorio, previo al desarrollo del discurso. Los objetos de acuerdo son dos, ya sea que se trate de algo relativo a lo real o de algo relativo a lo preferible. Si comienzo por plantear el problema de un hecho, no requiero la adhesión del auditorio, pues se tratan de verdades verificables por un auditorio universal. La cosa cambia cuando problematizo, por ejemplo, un valor. Aquí sí tendré que justificar su pertinencia para que el auditorio lo admita. Una manera de conseguirlo es “recurrir a premisas de orden muy general, esto es,

¹¹⁶ *Ibidem*, P. 48.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 50.

a los lugares comunes o tópicos”¹¹⁸ para justificar la jerarquía o importancia de ese valor; en cuanto a la presentación del objeto de acuerdo se resalta el papel de expresiones del pensamiento —negaciones, interrogaciones— y de las figuras retóricas para dotar de estilo.

c) Perelman clasifica en dos grandes grupos los argumentos:

Según se vean como procedimientos de *enlace* (unen elementos distintos y permiten establecer entre estos una solidaridad que pretende, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente) o de *disociación* (su objetivo es disociar, separar, desolidarizar elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario en su mismo sistema de pensamiento).¹¹⁹

A su vez, los de enlace se dividen en cuasilógicos, basados en la estructura de los real, de enlaces de coexistencia y los que se fundan en la estructura de lo real. Sobre esta clasificación, Atienza dice que se trata una distinción estéril, “artificiosa, pues las dos técnicas se implican recíprocamente”.¹²⁰

Finalmente, por lo que toca en particular a la argumentación jurídica, Perelman la define como “una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad”.¹²¹ Es decir, su especificidad radica en que, a diferencia de otras disciplinas humanas donde también es difícil encontrar una solución entre las partes, en el Derecho “esta dificultad consigue mediante la imposición de una decisión por la vía de la autoridad”.¹²² De este hecho y del papel central que Perelman otorga a los jueces, una nueva concepción sería se caracterizaría por:

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹²¹ Perelman Chaïm y Olbrechts-Tyteca L., *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, p. 233.

¹²² Atienza Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.*, p. 63.

La importancia atribuida a los principios generales del derecho y a los lugares específicos del derecho (los tópicos jurídicos). El razonamiento jurídico no es ya ni “una simple deducción silogística”, ni tampoco “la simple búsqueda de una solución equitativa”, sino la “búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho”. O, dicho de otra forma, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea “no sólo conforme a la ley sino también equitativa, razonable y aceptable”.¹²³

2.3.3. Stephen Toulmin

La diferencia de Toulmin con los dos autores anteriores, es que él pretendió diseñar un esquema argumentativo no sólo complementario de la lógica formal sino también oponible y su inspiración no está en la retórica sino en la dialéctica. Es decir, ver la argumentación por la reglas que dirigen el diálogo.

En este sentido, sus principales ideas se encuentran en *The Uses of Argument*, publicado en 1958, y, para iniciar el esbozo de su nuevo esquema, elige como paradigma la práctica jurídica pues:

Una tarea fundamental de la jurisprudencia es caracterizar lo esencial del proceso jurídico: los procedimientos mediante los cuales se proponen, se cuestionan y se determinan las pretensiones jurídicas y las categorías en cuyos términos se hace esto. Nuestra investigación es paralela: intentamos, de modo similar, caracterizar lo que puede llamarse el proceso racional, los procedimientos y categorías mediante cuyo uso puede argumentarse a favor de algo y establecerse pretensiones en general.¹²⁴

¹²³ *Ibidem*, p. 64.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 82.

Su modelo de análisis se divide en uno simple y otro general. El primero dota a los argumentos de corrección o validez; el segundo, de fuerza. Así, los elementos del primer modelo son los siguientes:

a) Pretensión (C, *claim*), es la idea a sostener y puede ser una negación, afirmación o valoración.

b) Razones (G, *grounds*), éstas son hechos específicos del caso que estamos obligados a dar cuando el adversario no acepta nuestro planteamiento o lo cuestione.

c) Garantía (W, *warrant*), se trata de una liga o de un puente que une a los hechos con la pretensión y se requiere cuando el oponente requiere que se justifique dicha relación. Es decir, la garantía es lo que autoriza el paso de unos a otros y pueden consistir, sin ser exhaustivos, en reglas de experiencia, normas, principios jurídicos o leyes de la naturaleza.

d) Respaldo (B, *backing*), es el campo general de información del que se desprende la garantía y es necesario sólo si el oponente cuestiona la validez de la garantía. De modo que, mientras “los enunciados de las garantías son hipotéticos [...], el respaldo puede expresarse en la forma de enunciados categóricos sobre hechos”¹²⁵.

En cuanto a los elementos del modelo general:

a) Cuantificadores (Q, *qualifiers*); en los razonamientos prácticos, las conclusiones pueden afirmarse en mayor o menor grado según su certeza. Ésta, viene determinada por el apoyo que las variables “G”, “W”, “B” presten a “C” y “suele expresarse mediante cualificadores modales como *presumiblemente*, *con toda probabilidad*, *plausiblemente*, *según parece*, etc.”.¹²⁶

¹²⁵ *Ibidem*, p. 86.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 78.

b) Condiciones de refutación (R, *rebuttals*), son las “circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos”.¹²⁷

El uso de estos modelos en la argumentación jurídico, según se intente establecer una cuestión de hecho o de derecho, serían, por ejemplo, que:

Las razones en las cuestiones de hecho son los medios de prueba admitidos en derecho (testimonio de testigos o de expertos, prueba circunstancial, documental, etc.), mientras que en las cuestiones de derecho, como razones funcionarán no sólo los hechos demostrados declarados probados por el tribunal de instancia, sino también las decisiones de otros tribunales de apelación, normas, citas de autoridades, etc. Las garantías, en el primer caso, serán distintas según se trate del testimonio de un testigo o de un experto, según sea una prueba circunstancial, documental, etc.; en el segundo caso, en las cuestiones de derecho, la garantía sería una norma jurídica general o un principio jurídico. Y algo parecido cabe decir en relación con el respaldo de la argumentación, que un caso consistiría en la referencia al campo general de experiencia en que se asiente la garantía, y en otro en la indicación de que la garantía enuncia una norma o un principio vigente.¹²⁸

En cuanto a la clasificación de los argumentos, Toulmin distingue entre: analíticos y sustanciales, formalmente válidos e inválidos, los que utilizan una garantía y los que establecen una, concluyentes y no concluyentes y, finalmente, argumentos formales e informales. También agrupa en cinco las falacias según las estructuras de los argumentos: por falta de razones, por razones irrelevantes, por razones defectuosas, por suposiciones no garantizadas y por las que resultan de ambigüedades.¹²⁹

¹²⁷ *Ibidem*, p. 78.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 97.

¹²⁹ Cárdenas Gracia Jaime, *op. cit.*, p. 28.

En conclusión, la mayor contribución del modelo de Toulmin “consiste en que permite una pluralidad de pretensiones de validez; esto es, argumentar significa aquí esforzarse por apoyar una pretensión con buenas razones”.¹³⁰

2.4. Robert Alexy

Robert Alexy nació en Alemania en 1945. Estudió derecho y filosofía en la Universidad de Göttingen y se desempeñó como catedrático en la Universidad de Kiel. Son tres sus principales obras: *Teoría de la argumentación jurídica*, publicada por primera vez en 1978; *Teoría de los derechos fundamentales*, de 1985; y *Concepto y validez del derecho*, de 1992. Para este trabajo no será de interés la última obra, que propone una relación necesaria entre el derecho y la moral.

Al primer Alexy le preocupa que el derecho logre incorporarse en el marco de la razón práctica. Al segundo, la construcción de los derechos fundamentales como principios y la ponderación como herramienta racional para solucionar sus colisiones. A Alexy, pues, le interesa la racionalidad y, en consecuencia, la mayoría de las objeciones que le realizan utilizan términos como “subjetivismo”, “intuicionismo”, “irracionalidad”. En este sentido, Alejandro Nava Tovar apunta que, articulada, la obra de Alexy es un sistema de filosofía no positivista que podría contar “como una filosofía de la razón práctica institucionalizada o como una teoría jurídica no-positivista de la justicia”.¹³¹

2.4.1. Teoría de la argumentación jurídica

El problema inicial de Alexy es la justificación o fundamentación de las decisiones jurídicas. Por ello, el problema es, en primer lugar, metodológico. La subsunción, la estructura inferencial tradicional presenta cuatro insuficiencias: la vaguedad del

¹³⁰ Atienza Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 102.

¹³¹ Nava Tovar Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana-Anthropos, Autores, textos y temas (col.), Filosofía 88, 2015, p. 1.

lenguaje, la posibilidad de conflicto normativo, casos de vacíos legales y la posibilidad de decidir incluso contra el tenor de literal de la norma. Es decir, se trata de supuestos donde faltan las premisas normativas y no está claro dónde y cómo pueden extraerse. La solución más aceptada que se ha dado son los criterios de interpretación. Sin embargo, el problema con ellos es que carecen de un orden jerárquico, de ahí que también sean escasos justificar una decisión jurídica.

Ante este hecho, es evidente que el juzgador tiene que elegir entre varias soluciones posibles, preferir un estado de cosas frente a otro y, “en la base de acción de preferir, está, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una valoración”.¹³² Así, de los que se trata en realidad es de responder si las valoraciones que realiza un juzgador para fijar sus premisas normativas pueden ser racionalmente fundadas.

Esta interrogante constituye el desarrollo de su investigación y exige un modelo que “por un lado, permita tener en cuenta convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes; por el otro, deje espacio a los criterios de lo correcto”.¹³³ Alexy responde que sí son posibles las valoraciones racionales. La base de su afirmación son, sobre todo, la filosofía del lenguaje y la ética discursiva. Su modelo, el discurso práctico general y jurídico, consistente en un catálogo de reglas y formas de argumentos.

Antes de revisar cómo fundamenta su teoría, conviene hacer una precisión sobre los alcances de ésta que es, también, una de las objeciones más frecuentes que le formulan. Las reglas del discurso práctico general y jurídico no conducirán necesariamente a una única respuesta correcta. En ello no consiste su grado de racionalidad. Más bien, la virtud de la teoría está en buscar eliminar el mayor número de posibles soluciones irracionales:

¹³² Alexy Robert, *op. cit.*, p.34

¹³³ *Ibidem*, p 40.

Estas reglas no determinan, de ninguna manera, el resultado de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios).¹³⁴

Lo importante es tener en cuenta que del hecho de que sean posibles respuestas diferentes no se infiere que todo sea posible. Un aporte esencial del procedimiento consiste en la exclusión de posibilidades.¹³⁵

2.4.1.1. Elementos de los filosofía del lenguaje

Esta rama de la filosofía contribuye a ver los enunciados normativos como resultado de un proceso del habla seguido por reglas. Hasta antes de Ludwig Wittgenstein y Langshaw Austin, la única función del lenguaje era la representación del mundo. De ahí que las afirmaciones del mundo puedan ser verdaderas o falsas pero no así las afirmaciones normativas. A esta idea, Wittgenstein contrapone su concepción de “juegos del lenguaje” y Austin la de los “actos del habla”. Ambos sostienen que la función descriptiva es sólo una de las funciones del lenguaje. Otro de esas funciones o usos es la pragmática. Es decir, ver las expresiones del lenguaje en cuanto acciones, o bien, “acciones que se realizan diciendo algo”.¹³⁶ Este uso tiene la peculiaridad de ver al lenguaje “como una actividad, una práctica y no como un vehículo del pensamiento”.¹³⁷

Ahora bien, si se realiza lo que se dice es porque hay una especie de consenso previo: una serie de reglas que los participantes conocen, aceptan y siguen en diversos momentos. Si dichas reglas no se siguen entonces lo que se

¹³⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹³⁵ Alexy Robert, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, *Derecho y Razón Práctica*, Segunda edición, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2017, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Político (col.), p.80.

¹³⁶ Alexy Robert, *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, p. 93.

¹³⁷ Atienza Manuel, *El Derecho como argumentación...*, *cit.*, p. 248.

dice no se realiza. De modo que “las reglas permiten la diferenciación entre comportamientos correctos o incorrectos”.¹³⁸

En conclusión, los conceptos de “actos del habla” y “juegos del lenguaje” remiten a la idea de que los enunciados normativos son resultados de una actividad en la que, si siguen las reglas, se realiza lo que se dice. Sin embargo, no explican cómo puede llegar a fundamentarse racionalmente ese enunciado normativo.

2.4.1.2. Habermas y la ética discursiva

Habermas parte de las ideas de Austin, hace una distinción de los “actos del habla”: los que establecen un hecho, los relacionados con el mundo interno del hablante y los regulativos o de contenido performativo. En cada uno de estos actos el hablante pretende que se reconozca como válida su afirmación. En los enunciados teóricos el hablante quiere que su afirmación sea aceptada como verdadera; en los que expresan emociones busca parecer sincero, en los enunciados normativos pretende que se tengan por correctos.

Si la afirmación del hablante se cuestiona, entonces él tendrá que justificarla. Sólo cuando la pretensión de validez que se problematiza es sobre la “verdad” o “corrección” se da el paso a lo que denomina “discurso”, ya sea teórico o práctico. El camino que va de la problematización a su reconocimiento o rechazo se conoce como “proceso discursivo”.

Ahora bien, después de realizar un proceso discursivo ¿cómo sé que mi afirmación o la que cuestiono resulta correcta o verdadera? Para responder, Habermas desarrolla su teoría de la verdad consensual que opone a la teoría de la verdad como correspondencia. La última supone que “sólo se puede designar un enunciado como verdadero si existe el estado de cosas que el enunciado

¹³⁸ Alexy Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 89.

expresa”¹³⁹, o bien, “la verdad se puede, pues, definir como concordancia entre enunciados y hechos”.¹⁴⁰ El criterio de la propuesta de Habermas es el siguiente:

“yo sólo puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que pudiera entablar un diálogo conmigo, atribuyera al mismo objeto el mismo predicado [...]. La condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás”.¹⁴¹

El acuerdo potencial de todos es condición de corrección de un enunciado normativo. Para alcanzar ese acuerdo debe suponerse un discurso ideal guiado por reglas que todos compartan sin importar las circunstancias. Así, estas reglas intentan ser formulaciones éticas de alcance universal a través de las cuales “la comunicación no pueda ser impedida ni por causas contingentes exteriores, ni tampoco por coacciones que surjan de la misma estructura de comunicación”.¹⁴²

En conclusión, de la concatenación de la teoría de los actos comunicativos y la teoría consensual de la verdad, la ética discursiva puede definirse como:

Una teoría ética procedimental que le da una prioridad a la autonomía de los sujetos, mientras que al mismo tiempo proporciona reglas que impiden que ciertos intereses particulares se impongan como constitutivos del consenso. Para ellos es muy importante que las reglas de la razón estén regidas por los principios de igualdad, incoercibilidad y universalidad.¹⁴³

2.4.1.3. Teoría del discurso práctico general

Las ideas anteriores mostraron a Alexy que “un enunciado normativo N es correcto si y sólo si puede ser resultado de un procedimiento P”.¹⁴⁴ Su teoría del discurso

¹³⁹ *Ibidem*, p.158.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 159.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 158

¹⁴² *Ibidem*, p. 181.

¹⁴³ Nova Tovar Alejandro, *La institucionalización...*, cit., pp. 60-61.

¹⁴⁴ Alexy Robert, *Derecho y Razón...*, cit., p. 73.

es, por tanto, una teoría procedimental. Ésta tiene la virtud de sortear las objeciones que plantea el trilema de Münchhausen —consistente en señalar la imposibilidad de justificar un enunciado práctico— porque las reglas impiden un razonamiento circular, un regreso al infinito y la ruptura del proceso.

La fundamentación de las reglas de su teoría general son, en esencia, las reglas “pragmático-universales”. Es decir, aquellas que son condición necesaria para la comunicación lingüística y que se siguen del fin de garantizar la universalidad, la igualdad y la incoercibilidad. De este modo, la argumentación práctica se guía por seis apartados: a) reglas fundamentales, b) reglas de razón, c) reglas de la carga de la argumentación, d) formas de los argumentos, e) reglas de fundamentación y f) reglas de transición:

a) Las reglas fundamentales son condición de cualquier discurso humano. “Se busca con ellas establecer un uso común del lenguaje y el asegurar hablar claramente y con sentido”¹⁴⁵, de ahí que exijan la incorporación de la lógica (1.1), de la sinceridad (1.2) y de la coherencia o universalidad (1.3), (1.3’), (1.4.).¹⁴⁶

b) Las reglas de la razón refieren la obligación de los participantes de justificar sus afirmaciones (2) y sus derechos en el desarrollo del discurso, cuya base es la igualdad (2.1), (2.2), (2.3).¹⁴⁷

¹⁴⁵ Alexy Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 270.

¹⁴⁶ 1. **Las reglas fundamentales**

(1.1) Ningún hablante puede contradecirse

(1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

(1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto “a” debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a “a” en todos los aspectos relevantes.

(1.3’) Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmase que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con significados distintos.

¹⁴⁷ **Las reglas de la razón**

(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una afirmación.

(2.1) Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso.

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

c) Las reglas de la carga de la argumentación son de tipo técnico y permiten problematizar cualquier afirmación; éstas pueden objetarse por su falta de coherencia (3.1), por incorporar argumentos que no eran controvertidos (3.2), para evitar regresiones innecesarias (3.3), y para evitar argumentos fuera de lugar (3.4).¹⁴⁸

d) Son dos las formas de los argumentos prácticos. En una el enunciado práctico es resultado de que se presuponga como válida una norma (4.1). En otra, es consecuencia de señalar las consecuencias de la norma (4.2). Un ejemplo de la primera estructura es: A engañó, es malo engañar, A actuó mal; un ejemplo de la segunda: Al engañar, A causó sufrimiento, es malo causar sufrimiento, A actuó mal.

e) Las reglas de la fundamentación sirven para determinar el contenido de las afirmaciones y saber así cuáles descartar. Las primeras se desprenden del principio de universalidad y ayudan a alcanzar un acuerdo dadas las concepciones morales incompatibles de los participantes (5.1.1), (5.1.2), (5.1.3); las segundas exigen la crítica de las afirmaciones morales que tienen los hablantes ya sea por origen histórico social (5.2.1), o bien, por su origen histórico individual (5.2.2): la última se refiere a que la finalidad del discurso práctico es resolver cuestiones existentes y no meramente hipotéticas (5.3).¹⁴⁹

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso.

¹⁴⁸ **Las reglas de carga de la argumentación**

(3.1) Quien pretenda tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de discusión debe dar una razón para ello.

(3.3) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

¹⁴⁹ **Las reglas de fundamentación**

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

f) Las reglas de la transición permiten pasar del discurso práctico al discurso teórico (6.1), o al del análisis del lenguaje (6.2), o al de la teoría del discurso (6.3).¹⁵⁰

Por último, queda decir que el discurso práctico tiene dos limitaciones. Las reglas no aseguran que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica y, suponiendo que así fuera, nada asegura tampoco que los participantes aceptaran obedecer el acuerdo. El sistema jurídico “sirve para llenar esta laguna de racionalidad”¹⁵¹ porque, como conjunto de normas, posibilita que siempre se resuelva una cuestión práctica y su dimensión coactiva hace que el acuerdo se cumpla.

2.4.1.4. La tesis del caso especial

La argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general por tres razones: las cuestiones jurídicas son cuestiones prácticas en tanto enuncian lo que hay que hacer o decidir o lo que se debería hacer o decidir; las cuestiones jurídicas se realizan desde la perspectiva de la pretensión de corrección;

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o

b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar por la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

¹⁵⁰ **Las reglas de transición**

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

¹⁵¹ Atienza Manuel, *Las razones del Derecho...*, cit., p. 163

las cuestiones jurídicas, pese a estar sujetas a limitaciones que no comparte el discurso práctico, también son un discurso. Sólo las dos últimas razones requieren ser precisadas.

La pretensión de corrección en el discurso práctico general significa que el enunciado normativo es resultado del discurso es racional. Sin embargo, en el discurso jurídico significa que el enunciado normativo resultado del discurso fue racionalmente fundado.

El discurso práctico general supone actos de comunicación desprovistos de coacción y de limitaciones. El discurso jurídico tiene limitaciones que le impone la ley —reglas procesales, periodos de tiempo— y la motivación real de algunos de los participantes —la de los litigantes, por ejemplo, tiene que ver con satisfacer los intereses de sus representados— no siempre es racional o correcto. No obstante, si bien el fin de los participantes no es convencerse unos a otros sobre lo que es correcto, sí pretenden “por así decirlo, que toda persona racional deba estar de acuerdo con ellos”.¹⁵² Dicho de otro modo, encontrarían ese acuerdo de los otros bajo condiciones ideales.

2.4.1.4.1. Formas y reglas de justificación interna de la argumentación jurídica

Los enunciados normativos se fundamentan de forma interna cuando son resultado de una estructura lógica que permita inferir la conclusión de las premisas. La estructura tradicional es el silogismo y le corresponde la forma (J.1.1), éste satisface el principio de universalidad porque es la base de la justicia formal y de él se siguen las reglas (J.2.1), (J.2.2). El segundo esquema es la forma (J.1.2), se presenta en casos donde es difícil fijar una de las premisas y consiste en desarrollar una cadena de normas cada vez más concretas. De ésta se desprenden las reglas

¹⁵² Alexy Robert, *Teoría de la argumentación....., cit.*, p. 304.

(J.2.3) y (J.2.4).¹⁵³ Aunque se abordará más adelante, en este apartado bien podría añadirse la fórmula del peso como estructura particular de la ponderación de principios.

2.4.1.4.2. Formas y reglas de justificación externa de la argumentación jurídica

La justificación externa se refiere a la fundamentación de premisas que utilizo para completar mi estructura inferencial. Es decir, las premisas que requieren justificarse son las que me indican por qué elijo tal o cual norma de derecho válido o tal o cual enunciado empírico. Hay cinco grupos de formas y reglas para justificarlas: a) de interpretación, b) de dogmática, c) de uso de precedentes, d) formas especiales, e) de argumentación práctica y f) empírica. El grupo de argumentación práctica ya fue descrito líneas arriba. El grupo de argumentación empírica son los argumentos propios de esas disciplinas y se remiten a la regla de transición (6.1).

a) Formas y reglas de interpretación. Alexy distingue seis cánones:

El semántico supone “qué debe entenderse por”, bien en lenguaje natural o en lenguaje técnico. Su función es vincular al poder judicial con el tenor de la ley o con la voluntad del legislador. Le corresponden las formas (J.3.1), (J.3.2), (J.3.3). El genético se presenta cuando los medios semánticos son insuficientes o extremadamente vagos. Intenta determinar la voluntad de los que participaron en el proceso legislativo. Por tanto, su fin es, también, vincular al poder judicial con el tenor de la ley y el legislador. Sus formas son (J.4.1), (J.4.2). El histórico trata de

¹⁵³ **Reglas de justificación interna**

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

(J.2.3) Siempre que exista una duda sobre si “a” es un T o un M, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo.

exponer que un problema actual fue solucionado de manera similar con anterioridad. La solución puede ser o no ya aceptable. El comparativo toma como referente otros sistemas jurídicos. La función del primero es el aprendizaje del pasado; el del segundo, el aprendizaje de otras sociedades. A ninguna de las dos interpretaciones les corresponde ninguna forma. El sistemático puede referir dos situaciones, la de una norma en un texto y la de una norma respecto de otras. Su función es liberar de contradicciones un sistema, por tanto, su forma es la contradicción. El teleológico se distingue de la genética porque intenta desentrañar los fines racionales en el contexto del ordenamiento jurídico. El fin racional no es el que prescrito por el legislador sino por un sujeto racional hipotético. Su función es de suma importancia porque consiste “en abrir el campo a la argumentación práctica general”. Su forma es (J.5).

Estos cánones tienen en común cuatro reglas¹⁵⁴. La primera atañe a su requisito de saturación: si tienen una forma particular deben cumplir con ella (J.6). La segunda expresa una jerarquía entre los cánones en razón de dar prioridad a aquellos que vinculan al juzgador con el tenor de la ley o con la voluntad de legislador (J.7). En la tercera encontramos, por primera vez, la idea de que ante un conflicto entre dos formas de interpretación, se recurra a la ponderación, sin que agregue más (J.8). La última exige incluir el mayor número de argumentos posibles en cada canon que se elija (J.9).

b) Reglas de la dogmática¹⁵⁵

¹⁵⁴ **Reglas de la interpretación**

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

¹⁵⁵ **Reglas de la dogmática**

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

En resumen, la dogmática se entiende como aquellos conceptos que se extraen de la ley o de la práctica y ayudan a sistematizar, aclarar, un ordenamiento jurídico; y son, necesariamente, producto de una discusión propia de la ciencia jurídica. Si los argumentos dogmáticos se cuestionan, se debe recurrir entonces al discurso práctico para respaldarlos, regla (J.10); si se utilizan, deben comprobarse sistemáticamente en sentido estricto y amplio, regla (J.11). Finalmente, por sus contribuciones al ordenamiento, si se pueden usar, deben usarse (J.12)

c) Reglas de los precedentes¹⁵⁶

La importancia de los precedentes deriva del principio de universalidad, de la exigencia de coherencia: dar trato igual a lo igual. De ahí que la primera regla responda a que si es posible utilizarlos, deben utilizarse (J.13). En el caso de que el precedente se embone con el caso concreto pero el juzgador decida no aplicarlo, entonces éste tendrá que argumentar por qué se parta de él (J.14).

d) Formas de argumentos jurídicos especiales

Son formas utilizadas con frecuencia en la metodología jurídica y, lógicamente, se expresan como estructuras de inferencia. Éstas son el argumento a contrario (J.15), el argumento por analogía (J.16) y el argumento de reducción al absurdo (J.17). Su uso será racional en la medida en que saturen, cumplan con su forma, de ahí la última de las reglas del discurso jurídico (J.18)

2.4.2. Teoría de los derechos fundamentales

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

¹⁵⁶ **Reglas de los precedentes**

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

La incorporación de un catálogo de derechos fundamentales en el texto constitucional acarrea un problema, sobre todo, de interpretación. La mayoría de las veces los derechos fundamentales se formular a través de una “textura abierta”; es más, se trata de un imperativo que se formulen así. Esto conlleva un segundo problema: la también textura abierta de la jurisprudencia. Dar una respuesta racional a ambos problemas es el objeto de la teorías de los derechos fundamentales de Alexy. Por esta razón, su teoría no es una teoría filosófica, ni histórica ni sociológica. Se trata “de una teoría jurídica general sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental”.¹⁵⁷ Es decir, es una teoría dogmática de los derechos fundamentales válidos. Esta perspectiva le permitirá a Alexy una exploración conceptual y sistemática de los derechos fundamentales, así como describir y criticar la aplicación judicial de éstos.

La base de su teoría está, sobre todo, en el capítulo tercero de dicha obra, ahí desarrolla la teoría de los principios. Sobre esa base, Alexy aborda diversos problemas pero, para efectos de esta tesis, sólo interesa uno: la argumentación acerca de los derechos fundamentales, esbozada en el capítulo décimo y en el epílogo.

2.4.2.1. Estructura de las normas de derechos fundamentales

Las normas de derechos fundamentales son enunciados que, directamente desde el texto constitucional, expresan derechos subjetivos. Sin embargo, ya que su redacciones son usualmente abiertas, requieren otro tipo de normas que precisen su contenido. Éstas se denominan “normas de adscripción” y también se deben considerar como normas de derechos fundamentales, con la diferencia de que su validez descansa en que puedan ser justificadas racionalmente. Aquí está el primer puente entre las dos primeras obras de Alexy, pues “una norma adscrita es algo

¹⁵⁷ Alexy Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Segunda edición, Carlos Bernal Pulido (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, El Derecho y la Justicia (col.), p. 8.

que depende de la argumentación de derecho fundamental que sea posible aducir a su favor”.¹⁵⁸

Ahora bien, en cuanto a su estructura las normas de derechos fundamentales pueden construirse como reglas o como principios. Esta distinción es esencial porque a partir de ella se entiende mejor cuáles son los límites de los derechos fundamentales, su colisión y su papel en el ordenamiento.

Las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una norma es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”¹⁵⁹. Por tanto, son mandatos definitivos, determinan lo que es posible en el ámbito real y jurídico. Por lo que toca a sus problemas de aplicación, cuando una norma entra en conflicto con otra, el conflicto sólo puede resolverse a través de una cláusula de excepción o declarando la invalidez de alguna. Los conflictos de normas tienen lugar en el campo de la validez.

Los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”¹⁶⁰. Por tanto, son mandatos de optimización; es decir, pueden cumplirse en diferentes grados y la medida de su cumplimiento depende dichas posibilidades. A diferencia de las reglas, cuando un principio entra en conflicto con otro la solución “no significa declarar inválido al principio desplazado”¹⁶¹, sino que, según las circunstancias concretas, uno tendrá preferencia. Las colisiones de principios tienen lugar en el campo del peso.

Para finalizar, los problemas de la construcción como reglas “se muestran de manera más clara respecto a la pregunta sobre las restricciones a los derechos

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 54

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 68.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 67

¹⁶¹ *Ibidem*, p.70.

fundamentales”.¹⁶² Cuando se restringen bajo la forma de reserva de ley “pierden toda su fuerza para vincular al legislador”.¹⁶³ Ahora bien, si se formulan sin reserva parece imposible poder aplicarlos por subsunción, sobre todo en casos de colisión. La construcción como principios sortea ambos problemas. Así, si los derechos fundamentales son principios, sólo queda por ver ahora cómo se fundamenta la teoría de los principios y cómo se desprende de ésta el principio de proporcionalidad y, a su vez de éste, la ley de ponderación y la fórmula del peso.

2.4.2.2. Teoría de los principios

La teoría de los principios descansa en una teoría de los valores. Aunque los primeros responden al campo deóntico —del deber ser— y los segundos al axiológico —de lo bueno o lo mejor—, ambos se vinculan porque se satisfacen gradualmente y comparten la colisión y la ponderación. Así, la razón de su vinculación es “desde el punto de vista de su rendimiento”¹⁶⁴. Esto es así porque quien dice que algo tiene un valor emite un juicio de valor que resulta de una valoración. Un juicio de valor comparativo dice que a un objeto le corresponde un valor mayor o igual a otro según se satisfagan ciertos criterios, éstos, a su vez, pueden ser ponderados. De ahí que: “la única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, la solución a una colisión de valores contesta a qué es de manera definitiva mejor”.¹⁶⁵ Por tanto, el problema de jerarquía de los valores es también un problema de los principios.

Hay dos maneras de ordenar principios o valores, una fuerte y una débil. Un orden fuerte supone “formular un catálogo completo que cuente con la aprobación

¹⁶² Alexy Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Laura Clérico y Jan Sieckmann (trads.), Buenos Aires, AD-HOC, 2010, Derecho Estado y Sociedad (col.), no. 6, p.22.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶⁴ Alexy Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Derecho y Razón...*, *cit.*, p. 16.

¹⁶⁵ *Idem*.

de todos”¹⁶⁶ y que, además, previera “todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos”.¹⁶⁷ Una omnisciencia tal es humanamente imposible.

Un orden débil, sin embargo, aunque no supone una jerarquía, sí supone tres elementos que puedan brindarle racionalidad a las relaciones de prioridad: preferencias *prima facie* a favor de determinados principios —por ejemplo, otorgar una carga de argumentación en beneficio de una libertad individual frente a un bien colectivo—, los precedentes dictados por un tribunal constitucional que puedan orientar otros casos y, relacionada con las anteriores, las estructuras de ponderación. Esta última nos lleva al principio de proporcionalidad.

2.4.2.3. Principio de proporcionalidad

Si los derechos fundamentales se construyen como principios su característica esencial es que son mandatos de optimización. Es decir, se tiene que aplicar en la mayor medida posible. Para saber cuál es esa medida o proporción en que deben aplicarse hay que considerar las posibilidades fácticas y jurídicas. Del análisis de dichas posibilidades se desprende el principio de proporcionalidad y de éste tres subprincipios. En cuanto a las posibilidades fácticas de aplicación, surgen los subprincipios de idoneidad y necesidad. En cuanto a las posibilidades jurídicas de aplicación, el de proporcionalidad en sentido estricto. Éste, a su vez, contiene la herramienta de ponderación. Los subprincipios fácticos responden a la medida en que la satisfacción de un principio puede reducir o evitar costos para otro principio. En el subprincipio de proporcionalidad los costos son inevitables.

Por lo tanto, “el principio de proporcionalidad se sigue en forma lógica de la definición de los principios, y ésta definición se sigue de aquél”.¹⁶⁸ Entre ambos hay, pues, una relación de necesidad.

¹⁶⁶ Alexy Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 131.

¹⁶⁷ Alexy Robert, *Derecho y Razón...*, cit., p. 15.

¹⁶⁸ Alexy, *La construcción de...*, cit., p. 25.

De forma más clara, el subprincipio de idoneidad significa “excluir la utilización de medios o herramientas que limiten la realización de al menos un principio sin beneficiar la realización de uno de los principios u objetivos para los que son utilizados”.¹⁶⁹ El subprincipio de necesidad “reclama que dos medios que benefician a un principio por igual, es decir que son similarmente adecuados, se deberá elegir aquel medio que constituya la injerencia menos intensa a un segundo principio”.¹⁷⁰ En ambos casos, se trata de que la posición de un principio puede ser mejorada sin perjudicar la de otro.

2.4.2.4. Ley de ponderación

El principio de proporcionalidad en sentido estricto puede formularse a través de una regla, la ley de la ponderación:

Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.¹⁷¹

Esta ley “pone de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”.¹⁷² Su virtud, también, está en que sí indica qué es lo que se tiene que fundamentar racionalmente en el enunciado que determina la precedencia. Por ello “es posible tomar cualquier argumento de la argumentación jurídica”.¹⁷³ Con esto, Alexy dice que la base de la argumentación de los derechos fundamentales es la misma que de la argumentación jurídica general. Con la única diferencia de que el discurso de los derechos fundamentales “no está sujeto a las decisiones

¹⁶⁹ Alexy Robert, “Derechos fundamentales y proporcionalidad”, en Laura Clérico y Jan Sieckmann (coords.), *Internalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Argentina, Universidad de Buenos Aires-Fundación Alexander Von Humboldt, 2012, p. 185.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ Alexy Rober, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, p. 138.

¹⁷² *Ibidem*, p. 138.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 142.

tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene un rango superior a éste”¹⁷⁴: se vincula directamente al texto constitucional y a la voluntad del constituyente.

Sin embargo, al proceso de argumentación de los derechos fundamentales le hacía falta un esquema de justificación interna, una estructura deductiva: la fórmula del peso.

2.4.2.5. La fórmula del peso

Este esquema comienza a construirse a partir del reconocimiento de que en la ley de ponderación hay tres pasos:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de unos de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de satisfacción del principio que juega en contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio que juega en contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.¹⁷⁵

Aquí, la objeción es si es posible hacer juicios racionales sobre los grados de las intensidades de intervención e importancia. Alexy responde con dos ejemplos que ocupa en muchos de sus trabajos: el caso del tabaco, donde entran en juego bienes materiales; el caso de la revista satírica *Titanic*, donde entrar en juego bienes inmateriales.

El primer caso refiere la obligación de las tabacaleras de incluir en sus cajetillas advertencias sobre el riesgo de fumar. Sin duda, esta es una restricción a la libertad de comercio. No obstante, comparada con otras medidas como la prohibición total del tabaco o limitar su venta en sólo ciertos lugares —que serían intervenciones graves y medianas, respectivamente—, la medida de las cajetillas parece ser una intervención leve. La razón de incluir las advertencias responde a

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 489.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 529.

un asunto de salud pública, de ahí que su importancia de satisfacción sea alta o grave. El resultado parece evidente, la salud precede a libertad de comercio.

En el segundo caso, la publicación llamó “asesino nato” y “tullido” a un oficial de la reserva tetrapléjico que se reincorporó al servicio. Por la primera expresión, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania resolvió que la intervención al derecho al honor del oficial era leve: fueron expresadas en un contexto de sátira; en cambio, una restricción a la libertad de expresión sería grave porque inhibiría en el futuro los contenidos de la revista. En el estudio de la segunda expresión el resultado se invirtió: llamar “tullido” a un discapacitado se entiende como una humillación, afecta su dignidad.

Ambos casos muestran que la fundamentación de los grados de intensidad no es arbitrario. Hay razones de diversos tipos: en el primer caso, científicas; en el segundo, morales. Como se vio, los grados de intensidad son objetos de valoración a través de una escala de magnitudes tríadica: intensidad o importancia leve o baja (l), media (m), y grave o alta (g). Esto lleva a una nueva notación:

A la primera parte de la ley de la ponderación, la intensidad de intervención, se le puede asignar la variable “I”. Al principio intervenido “Pi”. Ahora bien, “la intensidad de la intervención es una magnitud concreta”¹⁷⁶, “C”. Esto quiere decir que los argumentos que se aporten para calificar esta variable obedecen a las circunstancias particulares del caso. En su forma completa, la primer variable se expresa “IPiC”.

A la segunda parte de la ley, la importancia de satisfacción, le corresponde también a variable “I”; al principio que juega en contrario “Pj”, y, también, puede integrarse por una magnitud concreta “C”. Su notación es “IPjC”.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 535.

La pregunta que queda es “cómo debe efectuarse el tercer paso, en el cual estas dos valoraciones se ponen en mutua relación”¹⁷⁷. La respuesta son las combinaciones que arroja el modelo de magnitudes tríadico: Cuando “IPiC” es (g) o (m) e “IPjC” es (m) o (l), respectivamente, entonces tiene preferencia “IPiC”, y viceversa.

Sin embargo, la “simple catalogación de una magnitud como media, leve o grave, frecuentemente presenta problemas”¹⁷⁸. De ahí que sea necesario “presentar una ilustración de la estructura que subyace al modelo tríadico con la ayuda de cantidades numéricas”.¹⁷⁹ En este sentido, resulta conveniente la elección de una serie geométrica del tipo $2^0, 2^1, 2^2$ (0, 1, 2); a la que le corresponde (l) = 0, (m) = 1, (g) = 2. La razón de esta escala es porque “las distancias respectivas entre los grados no son iguales, sino que se incrementan. De esta manera, puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez mayor fuerza al aumentar la intensidad de la intervención”.¹⁸⁰ Este carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de “Pi” mediante una fórmula de cociente:

$$W_{i,j} = \frac{IPiC}{IPjC}$$

La anterior es la fórmula del peso simple. A ella le faltan aún dos variables: el peso abstracto de los principios “G” y la seguridad de sus supuestos empíricos y normativos “S”. Las tres variables forman la fórmula del peso completa:

$$W_{i,j} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPi}{IPjC \cdot GPjA \cdot SPj}$$

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 538.

¹⁷⁸ Alexy Robert, “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Cuarta edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Porrúa, 2014, Serie Doctrina Jurídica No. 599, p. 15.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 17-18.

“G” se requiere para apoyar las circunstancias concretas siempre y cuando los principios en colisión no tengan el mismo peso abstracto. Su notación es “G”, peso; “A”, abstracto; en relación con principios “Pi” y “Pj”. Sus magnitudes también pueden ser (l), (m) o (g).

“S” surge cuando, a pesar de incorporar las otras variables, el cociente resulta un empate. Los supuestos empíricos expresan el grado de conocimiento —datos, información, hechos relevantes— con que contó el legislador el momento de emitir una norma que restringe derechos fundamentales. Los supuestos normativos expresan el grado valoración que llevó a cabo el legislador. Estas variables son consecuencia de la segunda ley de la ponderación, que exige que las diversas intervenciones en los derechos fundamentales tengan diversos grados de certeza:

Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.¹⁸¹

Así, por referirse al grado de conocimiento, las magnitudes y los valores de esta variable son distintas a las anteriores: certeza o seguridad (g) = 1; justificable o plausible (p) = $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso (c) = $\frac{1}{4}$.

¹⁸¹ Alexy Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 552.

Capítulo 3. Crítica a las sentencias SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016

Durante las elecciones federales intermedias de 2015, el Partido Verde Ecologista de México (PVEM) emprendió una de las actitudes más cínicas y desafiantes hacia la normativa e instituciones electorales. Los informes de sus legisladores, por ejemplo, se utilizaron como propaganda; sus propuestas se difundieron lo mismo en salas de cine que en papel para envolver tortillas; usó el padrón electoral para repartir tarjetas de descuento y se valió de programas gubernamentales para exaltar su condición de partido que sí cumple lo que promete. Estos y otros hechos lo llevaron a que en abril de 2015, no sólo otros partidos sino también la sociedad civil, controvirtieran su legitimidad y exigieran su retiro del sistema político. Por si fuera poco —quizá anticipando la conservación de su registro y la ausencia de sanciones efectivas—, el día de la elección y los tres días anteriores, el Verde desplegó su última estrategia: cuarenta y una personalidades del espectáculo y del deporte tuitearon a favor de su plataforma electoral y llamaron al voto.

En la mayoría de los juicios que se abrieron contra el PVEM durante ese periodo se le sancionó porque la difusión desproporcionada, reiterada y permanente de su propaganda vulneró el artículo 41 constitucional. No obstante, en los expedientes SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016 —donde se decidió lo relativo a la violación del periodo de veda electoral—, y a pesar de que la Sala Superior tuvo por acreditada la difusión de propaganda, se determinó no sancionar ni a las figuras públicas ni directamente al PVEM. La razón: entró en juego la variable de la libertad de expresión. Por ello, al menos para mí, se trata de dos expedientes que mejor ejemplifican la tensión entre democracia y derechos fundamentales, y cómo esta cuestión de fondo, al ser resuelta por un método distinto al de la ponderación, tiene más posibilidades de incurrir en contradicciones, incoherencias y falta de legitimidad. Cuáles fueron los errores de la Sala Regional Especializada y Sala Superior del TEPJF y cuál pudo ser una solución diversa, son las cuestiones a determinar en este capítulo.

3.1. El camino del cinismo

El origen de la actitud desafiante del PVEM puede leerse como consecuencia de la reforma constitucional en materia política-electoral de 2007. Hasta entonces, los Verdes habían sobrevivido gracias a sus alianzas con partidos grandes y poco tenían que preocuparse por construir una base de electores. Al utilizar un emblema único en la boleta resultaba imposible saber por cuál de los partidos coaligados votó el elector. De ese modo, la distribución del número de votos correspondía a los partidos según lo hubiesen establecido en el convenio de coalición.

Con la llegada del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), publicado en el DOF el 14 de enero de 2008, se reconocieron dos efectos diferenciados del voto: uno invariable, donde el elector decide a razón del candidato; y otro contingente, donde el elector se decanta por su preferencia hacia un partido político. En este sentido, quedó establecido que, a pesar de existir una coalición, los partidos no podían aparecer en la boleta con un solo emblema. Por tanto, la votación efectiva conseguida por cada partido sería la base para determinar su permanencia, el número de legisladores por el principio de representación proporcional, así como el reparto de financiamiento público y prerrogativas en radio y televisión.

Frente a este escenario, el PVEM —junto con Convergencia, Partido del Trabajo, Nueva Alianza y Alternativa Socialdemócrata y Campesina— acudió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para promover controversia constitucional contra diversos preceptos del COFIPE. A esta controversia le recayó el expediente número 61/2008 y, por lo que toca a la constitucionalidad del régimen de coaliciones, en su estudio de fondo, el Pleno resolvió que:

La medida permite garantizar que los partidos políticos nacionales que concurren a las elecciones federales en una coalición, por sí mismos, demuestren su representatividad, arraigo y legitimidad, porque exista una base mínima de electores que los respalde, lo cual propiciaría una mayor pluralidad en la conformación del

Congreso de la Unión, sin que tenga relevancia negativa para ello el que una parte de ese sustrato de electores tenga su origen en el clausulado de un convenio de coalición.¹⁸²

Con la resolución de la SCJN se cerraron los caminos legales para que el PVEM continuara con el método de supervivencia que mantenía desde el año 2000. A partir de ese momento, su imperativo fue la construcción de un núcleo duro de simpatizantes; la solución: el despliegue de grandes campañas propagandísticas. Sin embargo, ello sólo podía ser posible con el contubernio de algunos concesionarios de radiodifusión, también insatisfechos e insubordinados.

La relación del PVEM con las televisoras bien podría retrotraerse al año 2003 cuando su bancada se hizo con la presidencia de la Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía en la Cámara de Diputados. El hombre a cargo de estrechar manos con los líderes de los medios de comunicación fue Javier Orozco Gómez. Él, previo a su papel como legislador, se desempeñó como Presidente del Consejo Directivo de la Cámara Nacional de la Industria de Radio y Televisión (CIRT) y trabajó con Javier Tejado Dondé, Director Jurídico de Televisa.

Uno de sus primeros actos conjuntos ocurrió a finales de 2005. Aunque el diputado priísta Miguel Lucero Palma fue el responsable de enviar la iniciativa de reformas a la *Ley Federal de Radio y Televisión* y a la *Ley Federal de Telecomunicaciones*, mejor conocida como la “Ley Televisa”, algunos académicos y periodistas comparten que, en realidad, quienes estuvieron detrás del diseño, redacción y coordinación para su aprobación en ambas cámaras fueron Orozco Gómez y Tejado Dondé:

desde mediados de 2005, Televisa había encargado al diputado Javier Orozco [...] junto con el diputado Miguel Lucero encomendaran a ciertos expertos la redacción

¹⁸² ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2008 Y SUS ACUMULADAS 62/2008, 63/2008, 64/2008 Y 65/2008, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1048.

de una iniciativa de ley [...]. Desde luego que todos los legisladores conocían el origen de la propuesta, una Minuta que modificaba las leyes federales de Radio y Televisión, y la de Telecomunicaciones.¹⁸³

El señor Tejado Dondé realizó un intenso cabildeo y celebró numerosas reuniones con los grupos parlamentarios y con senadores en particular [...]. Llegó al punto de ofrecer, por ejemplo, influir en el contenido de la difusión de las campañas, o hacer presente o ausentar a personas y candidatos.¹⁸⁴

Aunque desde 2006 *Televisa* y *Televisión Azteca* iniciaron el posicionamiento mediático del entonces gobernador mexiquense Enrique Peña Nieto, quien llegó como candidato del PRI y del PVEM, no fue sino hasta el proceso electoral 2009 cuando la sociedad PVEM-televisoras actuó sin ánimo de ocultarse. Es cuando por primera vez escuchamos hablar de una “telebancada”. En sus listas para el Congreso, el PVEM incluyó, entre otros, a Ninfa Salinas, hija de Ricardo Salinas Pliego; Miguel Orozco, hermano de Javier Orozco; Rodrigo Pérez-Alonso, cercano de Tejado Dondé, y Lorena Corona Valdés, directora jurídica de Televisa Radio¹⁸⁵.

El marketing político del PVEM comenzó en marzo de 2009: su grupo parlamentario difundió ampliamente sus informes legislativos en radio y televisión. Éstos coincidían con la propaganda del partido y utilizaban su logo. Incluso días antes de la elección, el mismo grupo publicó desplegados con contenido similar en los periódicos *Excélsior* y *Reforma*¹⁸⁶.

¹⁸³ Sánchez Ruiz, Enrique E., “Poderes fácticos y gobernabilidad autoritaria. La ‘Ley Televisa’ como estudio de caso”, en Esteinou Madrid, Javier, Alba de la Selva, Alma Rosa (coords.), *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, col. Teoría y Análisis, p. 210.

¹⁸⁴ Villamil, Jenaro, “Ley Televisa. Crónica de una imposición”, en Esteinou Madrid, Javier, Alba de la Selva, Alma Rosa (coords.), *La “Ley Televisa”...*, p. 113.

¹⁸⁵ Redacción, “Receta para preparar telebancada al gusto”, *Proceso*, 07 de julio de 2009, <https://www.proceso.com.mx/116756/receta-para-preparar-telebancadas-al-gusto-2>

¹⁸⁶ Para los datos relativos a las circunstancias y juicios del PVEM durante el periodo electoral 2009 véase: Concha Cantú, Hugo Alejandro, “El fenómeno del Partido Verde Ecologista de México: el resurgimiento de la política sobre el derecho”, en Saúl López Noriega (coord.), *La (in)justicia electoral a examen*, México, IJ, UNAM-CIDE, 2016, Serie Doctrina Jurídica No. 297, pp.5-10.

En el mes de junio, en los canales 7 y 13 de Televisión Azteca se transmitieron dos promocionales de la revista *Vértigo*. En el primero un grupo de jóvenes apoyaba y vestía camisetas del Verde Ecologista; en el segundo aparecía el logotipo del partido con la leyenda “*Con 10 puntos en las encuestas... La cuarta fuerza política*”. También en ese mes, durante las transmisiones de la telenovela *Un gancho al corazón*, el actor Raúl Araiza apareció en varias ocasiones en escena portando una playera con la leyenda “Soy Verde”. Durante la veda electoral, en sus canales 5 y 2, Televisa difundió promocionales de entrevistas hechas por el semanario *TvyNovelas* a los actores Raúl Araiza y Maite Perroni. Ahí mostraron sus opiniones a favor de las propuestas del PVEM.

En el caso de los informes legislativos en radio y televisión, aunque el entonces IFE sancionó la conducta, la Sala Superior del TEPJF consideró que no se trataba de propaganda encubierta (SUP-RAP-75/2009); en cuanto a los desplegados, los magistrados reconocieron sólo responsabilidad indirecta del partido y lo multaron por la cantidad de un millón de pesos (SUP-RAP-225/2009). Por la aparición de Raúl Araiza en *Un gancho al corazón*, mediante acuerdo 427/2009, el Consejo General del IFE se limitó a amonestar públicamente al partido por omitir que sus simpatizantes incurrieran en infracciones a la ley electoral. De las entrevistas realizadas por *TvyNovelas* y los promocionales de *Vértigo*, el Consejo General del IFE resolvió, nuevamente, mediante acuerdos 321/2009 y 461/2009, respectivamente, que el partido sólo incumplió con su deber de cuidado. Lo anterior le valió una multa por el total de siete millones de pesos.

Fue también a partir de su plataforma de 2009 cuando los Verdes entendieron que la fórmula para despertar la indignación del elector era recurrir a la sensiblería y reproducir los mecanismos más puramente clientelares¹⁸⁷. Es cuando escuchamos por primera vez también de los vales de medicina, de los bonos

¹⁸⁷ Ibarra, Alejandro, “Democracia de cupones: el caso del Partido Verde”, Blog de la Redacción, Nexos, 18 de mayo de 2015, <https://redaccion.nexos.com.mx/?p=7004>

educativos para inglés y computación y de la pena de muerte a secuestradores. Ésta última propuesta le valió, por cierto, su expulsión de *Global Greens* (red internacional que agrupa a los partidos verdes).

3.1.1. Acciones del PVEM en el proceso electoral 2015

La estrategia propagandística del PVEM inició en septiembre de 2014, un mes antes de del periodo de precampañas. Como en 2009, sus legisladores, bajo el lema “Verde sí cumple” y utilizando el logo del partido, difundieron propaganda con motivo de sus informes de labores con las temáticas de “No más cuotas escolares”, “Cadenas perpetua a secuestradores” y “El que contamina paga y repara el daño”. Tras denuncias de otros partidos, la Sala Regional Eespecializada del TEPJF determinó que se “inobservó el principio de equidad previsto en el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución [...], toda vez que se llevó a cabo la difusión reiterada, permanente y continua”.¹⁸⁸ Además, por primera ocasión en aquellos comicios, se reconoció que los mensajes evidenciaron “una estrategia propagandística encaminada a posicionar al partido político de frente al proceso electoral”¹⁸⁹. A pesar de ello, los magistrados sólo atribuyeron al Verde responsabilidad indirecta y lo sancionaron con una amonestación pública. En el recurso de revisión, la Sala Superior determinó que el PVEM sí incurrió en responsabilidad directa (SUP-REP-3/2015) y lo multó (SUP-REP-120/2015) por el equivalente a \$76,160,361.80 (setenta y seis millones ciento sesenta mil trescientos sesenta y un pesos 80/100 M.N.).

Cabe añadir que por este asunto, el 13 de mayo de 2015, el Consejo General del INE, dentro del expediente administrativo INE/Q-COF-UTF/66/2015, emitió una resolución contra el PVEM por recibir aportaciones en especie de sus grupos legislativos y lo condenó al pago de \$322,455,711.06 (trescientos veintidós millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil setecientos once pesos 06/100 M.N.). En

¹⁸⁸ Expediente SRE-PSC-5/2014, p. 64

¹⁸⁹ *Ibidem.*, p.67

palabras del consejero presidente Lorenzo Córdova Vianello, se trató de “la tercera multa más alta de nuestra historia democrática, sólo por debajo de los casos Pemexgate y Amigos de Fox”.¹⁹⁰

De manera simultánea a los informes legislativos, el PVEM atiborró distintos puntos del país con propaganda en espectaculares, salas de cine, casetas telefónicas, puestos de periódicos y transporte público. Javier Corral Jurado, entonces consejero del Poder Legislativo del Partido Acción Nacional (PAN), el 29 de diciembre de 2014 denunció las conductas ante el Consejo General del INE. Dos días después, la Comisión de Quejas y Denuncias del INE ordenó la suspensión inmediata de los llamados “cineminutos”, difundidos en salas de *Cinemex* y *Cinépolis*. Tras el cierre de la etapa de instrucción, el asunto quedó radicado bajo el expediente SRE-PSC-14/2015. La Sala Regional Especializada concluyó que la propaganda fija y los “cineminutos” fueron desproporcionales en su difusión, ocurrieron de manera simultánea con los informes de los legisladores y su contenido fue idéntico al de éstos. Así, resolvió que el Verde vulneró el principio de equidad previsto en el artículo 41 de la CPEUM pues “generó una sobreexposición indebida de su imagen frente a la ciudadanía, al constituir una estrategia reiterada y permanente”¹⁹¹. Luego de apelar la sanción —nuevamente amonestación pública— la Sala Superior condenó al Verde¹⁹² por \$7,011,424. 56 (siete millones once mil cuatrocientos veinticuatro pesos 56/100 M.N.). Además, por desacatar la medida cautelar para retirar los “cineminutos”, el Consejo General del INE añadió otra por la cantidad de \$67,112,123.52 (sesenta y siete millones ciento doce mil ciento veintitrés pesos 52/100 M.N.).

¹⁹⁰ VERSIÓN ESTENOGRÁFICA DE LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJERO PRESIDENTE DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, LORENZO CORDOVA VIANELLO, EN EL PUNTO 8 DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA, CORRESPONDIENTE AL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO DE QUEJA INSTAURADO EN CONTRA DEL PARTIDO VERDE ECOLOGISTA DE MÉXICO, IDENTIFICADO CON EL NÚMERO DE EXPEDIENTE INE/QCOF-UTF/66/2015, <http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/discursos/2015/05/pdf/discursosCP20150513-1.pdf>

¹⁹¹ Expediente SRE-PSC-14/2015, p. 18

¹⁹² Expediente SUP-REP-57/2015.

A estas sanciones se sumaron otras siete también por violaciones al principio de equidad en la contienda:

Por el caso de producción y distribución de calendarios¹⁹³ se sancionó a los Verdes por \$4,167,117.38 (cuatro millones ciento sesenta y siete mil ciento diecisiete pesos 38/100 M.N.). Por distribución de papel para envolver tortillas¹⁹⁴, \$5,411,840.76 (cinco millones cuatrocientos once mil ochocientos cuarenta pesos 76/100 M.N.). Por la producción y distribución de “Kit escolar”¹⁹⁵, la reducción del 15% de una ministración mensual que le corresponde del financiamiento público para el sostenimiento de actividades ordinarias permanentes para el ejercicio 2015. Por difusión de propaganda en revistas y redes sociales¹⁹⁶, \$717,308.96 (setecientos diecisiete mil trescientos ocho pesos 96/100 M.N.). Por entrega de lentes graduados y vales de medicina¹⁹⁷, \$3,349,641.45 (tres millones trescientos cuarenta y nueve mil seiscientos cuarenta y un pesos 45/100 M.N.). Por producción y distribución de tarjetas de descuento *Premia Platino*¹⁹⁸, reducción del 15% de una ministración mensual que le corresponde del financiamiento público para el sostenimiento de actividades ordinarias permanentes para el ejercicio 2015. Finalmente, por difusión de propaganda en vallas y “unimetas” de estadios de fútbol¹⁹⁹, \$385,550.00 (trescientos ochenta y cinco mil quinientos cincuenta pesos M.N.).

3.1.2. Críticas al PVEM en el proceso electoral 2015

Frente a este escenario, un grupo variopinto de académicos y periodistas colocó en el centro de la opinión pública su rechazo e indignación por la estrategia propagandística del PVEM. Por ejemplo, Álvaro Delgado no dudo en afirmar que

¹⁹³Expediente SUP-REP-134/2015

¹⁹⁴Expediente SUP-REP-94/2015

¹⁹⁵Expediente SUP-REP-334/2015

¹⁹⁶Expediente SUP-REP-175/2015

¹⁹⁷Expediente SUP-REP-112/2015

¹⁹⁸Expediente SUP-REP-152/2015

¹⁹⁹Expediente SUP-REP-432/2015

los Ecologistas “no son un grupo de políticos con ideología, programa y estrategia para tomar el poder, es sencillamente una caterva de rufianes que se confabula para delinquir”.²⁰⁰

Por su vocación para remediar la cojera del priismo y hacerlo persistir en el poder, Denise Dresser acuñó a los Verdes el mote de “partido muleta”²⁰¹. Señaló que su propaganda —representada con “artistas pagados para parecer ecologistas cuando en realidad son cómplices de la corrupción”— “apela a los peores instintos de la naturaleza humana como son la venganza y el odio”. Esa terquedad de “inflar al Verde, visibilizar al Verde” consiguió que el gobierno federal acelerara la instrumentación del programa de vales de medicina en el IMSS e ISSSTE. Denise resume el comportamiento del partido como “marrullero e ilegal”.

Jorge Alcocer²⁰² recordó que el verdadero origen del PVEM no es el que presenta en su página oficial: una iniciativa de colonos de Coyoacán que en 1979, insatisfechos con un gobierno al que poco le importaban el respeto por todas las manifestaciones de la vida, constituyeron la Asamblea Ecologista Nacional. Por el contrario, nació con el designio de restar votos a la oposición. Tras la elección presidencial de 1988, el PRI había perdido la mayoría de la votación en el Distrito Federal y Manuel Camacho Solís tenía la encomienda presidencial de recuperarla o bien, de idear cómo disminuir la fuerza de la izquierda. Organizó estudios y encuestas y encontró que el deterioro ambiental era una gran preocupación entre la población. Así, el entonces regente procedió a “inventar un partido verde, a imagen y semejanza de lo que ocurría en Europa”²⁰³. Para ello, Camacho se acercó a Jorge González Torres. Aunque el primer registro del PVEM ocurrió en 1991, no fue sino hasta las elecciones de 1997 cuando el 3.71% de la votación nacional les bastó para hacerse de su primera bancada con ocho diputados plurinominales y

²⁰⁰ Delgado, Álvaro, “Los rufianes del partido verde”, *Proceso*, 23 de febrero de 2015, <http://hemeroteca.proceso.com.mx/?p=396759>.

²⁰¹ Dresser, Denise, “PVEM: partido muleta”, *Diario Reforma*, 23 de febrero de 2015.

²⁰² Alcocer, V. Jorge, “PVEM, Partido canalla”, *Diario Reforma*, 26 de abril de 2015.

²⁰³ *Idem*.

una senaduría. Desde entonces los González Torres son dueños “de una rentable franquicia electoral”. Por último, Alcocer califica al PVEM de “canalla” por tratarse de una organización “que de manera grave, sistemática y reiterada, viola la ley, se burla de las instituciones y engaña a la sociedad”.

Jesús Silva-Herzog Márquez se preguntó: “¿Cómo es que una organización que colecciona multas y reprimendas de la autoridad electoral sigue viento en popa, insistiendo en su estrategia transgresora?”²⁰⁴. Para él, más que el apoyo gubernamental, el éxito comunicativo de los Verdes descansó en nuestra baja expectativa democrática. En otra sociedad, la violación a la ley electoral tendría un costo en su imagen pública y no sólo en términos económicos. Sin embargo, el discurso de los vengadores del crimen y de los salvadores de animales, en vez de ofender, emocionó. Si el PVEM resulta detestable, concluye Silva-Herzog Márquez, es “porque nos recuerda la ínfima calidad de nuestra democracia, porque exhibe la debilidad de nuestras instituciones, la superficialidad de la exigencia pública y el consentimiento a los tramposos”. Soledad Loeza definió al Verde como “un ejemplo extraordinariamente exitoso de una organización construida a partir de un tema legítimo, la defensa del medio ambiente, que nació como partido para convertirse en una empresa privada”²⁰⁵.

Finalmente, a la crítica le sucedió la eventual exigencia de la cancelación de su registro. El 29 de abril de 2015, Sergio Aguayo, por propio derecho y en representación de más de ciento cuarenta mil ciudadanos y de distintas asociaciones civiles dedicadas a la protección del medio ambiente inició formalmente el procedimiento de pérdida y/o cancelación del registro del PVEM ante el Consejo General del INE.

3.2. Planteamiento del caso

²⁰⁴ Silva-Herzog Márquez, Jesús, “Verde que te detesto verde”, *Diario Reforma*, 13 de abril de 2015.

²⁰⁵ Loeza, Soledad, “La insolencia del Partido Verde”, *La Jornada*, 07 de mayo de 2015

El 07 de junio de 2015 se realizaron elecciones federales para renovar la Cámara de Diputados y elecciones locales para renovar los ayuntamientos y congresos de diecisiete entidades. Durante ese día y los tres anteriores, cuarenta y una²⁰⁶ personalidades del medio del espectáculo y del deporte utilizaron sus cuentas de Twitter para enviar un total de 104 mensajes en apoyo al PVEM. Éstos, en su mayoría, coincidieron, el 05 de junio, con el Día Mundial del Medio Ambiente —ocasión que aprovechó también el PVEM para convocar a la ciudadanía a realizar un “apagón” por el planeta— y, el 07 de junio, con un partido amistoso de la Selección Mexicana. Así, en el caótico ring de las tendencias, *hashtags* como *#BecasParaNoDejarLaEscuela* o *#ValesDePrimerEmpleo* se colaron con los de *#DMMA*, *#ApagonVerde* y *#Pontelaverde*. El hecho cobra gravedad porque las expresiones se realizaron dentro del periodo de veda electoral. Éste se encuentra previsto en el párrafo 4 del artículo 251 de la LEGIPE²⁰⁷ y prohíbe emitir propaganda en favor de plataformas, partidos y candidatos durante el día de la elección y los tres días anteriores. Tiene una doble finalidad: que los ciudadanos reflexionen su voto y evitar que los contendientes obtengan ventajas indebidas; ello se traduce en

²⁰⁶ Se enlistan según el orden en el que aparecen en los expedientes SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016: Daniel Omar Aguilar Bisogno, Francois Larraine Meric Troncoso, Raúl Alejandro Escajadillo Peña (Aleks Syntek), Shanik Aspe Ruiz de Velasco, María José Loyola Anaya, Irán Castillo Pinzón, Fabiola Campomanes Rojas, Luis García Postigo, Mario Alberto Domínguez Zarzar y/o Pablo Hurtado Abaunza, Martha Galilea Montijo Torres, Raúl Araiza Herrera, Jorge Gabriel Van Rankin Arellano, Andrea Legarreta Martínez, Sara Maldonado Fuentes, Gloria de los Ángeles Treviño Ruiz (Gloria Trevi), África Ivonne Lechuga Zavala, Ninel Herrera Conde, Raquel Bigorra Pérez, Alfonso de Anda García, Claudia Bárbara de Regil Alfaro, Daniela Gamboa Romero, Belinda Peregrin Shüll, Yuridia Valenzuela Canseco, Danna Paola Rivera Munguía, Omar Pérez Reyes, Sergio Joaquín Sepúlveda Díaz, Miguel Ernesto Aguirre (El Piojo), Inés Sainz Gallo, Julio César Chávez González, Margaret Kim Hegyi Terrazas, Gustavo Adolfo Infante Seañez, Jennifer Elizabeth García Saracho, Marco Jhonfai Fabián de la Mora, Gustavo Cárdenas Avila, Kalimba Manchal Ibar, Leonardo García de Valle, Óscar Gutiérrez Rubio, Aracely Arámbula Jaques, Oribe Peralta Morones, Altagracia Ugalde Motta (Ana Bárbara).

²⁰⁷ Artículo 251.

(..)

4. El día de la jornada electoral y durante los tres días anteriores, no se permitirá la celebración ni la difusión de reuniones o actos públicos de campaña, de propaganda o de proselitismo electorales.

(..)

una protección de los principios constitucionales de autenticidad y de equidad de la contienda.

De entre todas las notas periodísticas que reportaron el hecho, una del portal *Sinembargo*²⁰⁸ retomó las declaraciones de Inés Sainz y Jean Duverger, ambos conductores deportivos de televisión. Ellos refirieron que a través de sus agencias recibieron una oferta de \$200,000.00 (doscientos mil peso M.N.) por cada tuit que emitieran a favor del Verde. Suponiendo que aquella cifra fuese entregada a todos los actores que participaron y si los mensajes suman un total de ciento cuatro, tenemos que el PVEM, mediante terceros, pagó un aproximado de \$20,800,000.00 (veinte millones ochocientos mil pesos M.N.) por su último acto de propaganda encubierta durante ese período electoral.

3.2.1. El caso en la Sala Regional Especializada

El 06 de junio de 2015 Horacio Duarte Olivares, representante del Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA) ante el Consejo General del INE, presentó una queja contra diversas celebridades por la presunta difusión de propaganda electoral en Twitter durante el periodo de veda electoral. El mismo día, Javier Corral Jurado y otros miembros de su partido también promovieron quejas por violaciones al principio de equidad contenido en el artículo 41 constitucional y a los artículos 251, 252 y 447 de la LEGIPE. Ellos, además, incluyeron en su denuncia al PVEM, al PRI y a Raúl Osorio Alonzo entonces candidato suplente a diputado por el distrito 29 del Estado de México.

El 07 de junio, los representantes de Nueva Alianza, Partido Humanista, PRD y Movimiento Ciudadano ante el Consejo General del INE sumaron quejas en el mismo sentido. Por último, el 08 de junio, el presidente del Comité Ejecutivo Estatal

²⁰⁸ Redacción, "Agencias ofrecieron dinero por tuits del Verde, revelan Jean Duverger e Inés Saiz", *Sinembargo*, 09 de junio de 2018, <http://www.sinembargo.mx/09-06-2015/1373626>

del PRD en Nuevo León añadió a la controversia a Miguel Ernesto Herrera Aguirre, por ese momento Director Técnico de la Selección Mexicana.

La Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral del INE acumuló las quejas bajo el expediente UT/SCG/PE/MORENA/CG/412/PEF/456/2015 y, ante la imposibilidad de notificar a todos los denunciados, el 09 de julio la autoridad resolvió desahogar sólo aquella parte de la instrucción que se encontraba completa y continuó con la localización del resto. Esta decisión devino en dos procedimientos especiales sancionadores ante la Sala Regional Especializada del TEPJF.

Al primero correspondió el expediente SRE-PSC-251/2015, se turnó a la ponencia del Magistrado en funciones Francisco Alejandro Croker Pérez y se avocó a determinar la responsabilidad del PRI, del PVEM, del candidato Raúl Osorio Alonzo, de diez personajes de la farándula y un grupo musical.

Al segundo le fue asignado el expediente SRE-PSC-11/2016, le tocó conocer a la Magistrada Gabriela Villafuerte Coello y se ciñó únicamente a resolver sobre la responsabilidad de treinta celebridades.

El 1° de julio de ese año, en el primer juicio, la SRE resolvió sancionar al PVEM por *culpa in vigilando* y a Raúl Osorio por responsabilidad directa; ambos vulneraron el artículo 41 de la CPEUM y el diverso 251 de LEGIPE, calificó la conducta como grave ordinaria pero no consideró que se tratara de reincidencia. Declaró inexistentes las infracciones atribuidas al PRI —los mensajes no hicieron alusión a su plataforma—, a Arturo Escobar y Vega —no aludió a su partido ni incitó al voto—, y a las celebridades —pues sus tuits se encontraron amparados bajo la libertad de expresión—. El segundo juicio fue resuelto hasta el 17 de febrero de 2016 y reiteró la inexistencia de infracciones por parte de las figuras públicas.

A continuación, brevemente, expondré los argumentos que esgrimieron los magistrados de la SRE para llegar a sus conclusiones, qué métodos siguieron y cómo abordaron la libertad de expresión, la veda electoral y el principio de equidad.

a) SRE-PSC-251/2015

El estudio de fondo comenzó por acreditar la autoría de los tuits. Después analizó el marco legal y jurisprudencial, nacional e internacional, de la libertad de expresión. Destacó que ésta es una pieza clave del adecuado funcionamiento de la democracia representativa y, además, permite la formación de una opinión pública libre y la consolidación del sistema de partidos. Por lo que toca a la veda electoral —retomando lo sustentado por la Sala Superior en el expediente SUP-RAP-4/2010— sostuvo que su finalidad consiste en que:

Se finalice la exposición, desarrollo y discusión ante el electorado de los programas y acciones fijadas por los partidos políticos, a través de sus documentos básicos. Y, particularmente, en la plataforma electoral que para la elección se hubiera registrado.

Se evite el quebrantamiento de las condiciones elementales de igualdad durante la contienda, en beneficio de la autenticidad y libertad del sufragio de los electores²⁰⁹.

Respecto de las características de Twitter, señaló que el internet, en general, y las redes sociales, en lo particular, potencializan el derecho a la información. A pesar de ello, con base en los precedentes SUP-JRC-71/20145 y SUP-JDC-401/2014, sí es posible sancionar conductas que se realicen en ellas, siempre que:

(...) el contenido de los mensajes e información que se comparte tenga una clara intención de promover la imagen y plataforma de un candidato, o presentar una invitación a posibles receptores del mensaje, a efecto de generar un impacto entre

²⁰⁹ Expediente SRE-PSC-251/2015, p. 35

los usuarios de la red social con el objetivo de obtener su respaldo en la jornada electoral²¹⁰.

Al entrar al estudio del caso concreto, la SRE reconoció que la cuestión central era dilucidar si las emisiones de las figuras públicas se emitieron “en ejercicio de su libertad de expresión o forman parte de una estrategia publicitaria del PVEM, o en su caso, atiendan a una cuestión comercial”²¹¹. Razonó que los denunciantes no acreditaron que las “personas citadas tuvieran algún vínculo político con el PVEM, que sus tuits respondieran a un contrato, convenio o acto de voluntades de cualquier especie”²¹². De tal modo que el valor probatorio de los tuits certificados no era “siquiera indiciario”, y las notas periodísticas que revelaron una contraprestación “únicamente representan una opinión respecto a las conductas de los ciudadanos denunciados”²¹³.

Sobre todo, el hecho de que artistas y deportistas manifestaran no recibir ningún pago y que sus emisiones se realizaron en estricto apego a su derecho fundamental, a pesar de tratarse de un episodio concurrente y sistemático, sólo podía ser “resultado de un ejercicio de reflexión”²¹⁴, sin que “pueda considerarse una afectación en la equidad de la contienda en beneficio del PVEM”²¹⁵. Por el contrario, contribuyeron a ensanchar el debate político. Así, concluyen que “se trata de emisiones libres de apoyo espontáneo desde la cuenta personal de los usuarios, sin que interviniera persona física, moral o partido político”²¹⁶.

b) SRE-PSC-11/2016

En su estudio de fondo, la Magistrada Gabriela Villafuerte Coello no dedicó ninguna página a la veda electoral o al principio de equidad y, en términos similares al primer

²¹⁰ *Ibidem*, p. 37

²¹¹ *Ibidem*, p. 40

²¹² *Ibidem*, p. 44

²¹³ *Ibidem*, p. 43

²¹⁴ *Ibidem*, p. 42

²¹⁵ *Ibidem*, p. 41

²¹⁶ *Ibidem*, p. 45

juicio, revisó los alcances de la libertad de expresión. Sin embargo reconoció a este derecho fundamental como un mandato de optimización —“aunque es derecho inalienable, no es un derecho absoluto”²¹⁷— y, de ahí, la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación a fin de determinar la pertinencia de su restricción y saber si se “actualizó o no la infracción mencionada, en perjuicio de valores y principios democráticos”.²¹⁸

Finalmente, a lo largo de cinco fojas (48-52), lo que prometía ser el desarrollo del examen de proporcionalidad quedó como un breviario de las ideas de Robert Alexy y una reiteración del valor de la libertad de expresión en las sociedades democráticas. Cuando parece que sabremos cuál es el peso concreto de un principio frente a otro se limita a concluir que:

Es consideración de este órgano jurisdiccional, el respeto al periodo de reflexión de los ciudadanos para la emisión de su voto es un elemento indispensable para el normal desarrollo de los comicios, y que debe privilegiarse y respetarse en todo momento; empero, frente a la libertad de expresión, en específico la ejercida por los ciudadanos vía la red social conocida como Twitter, dada su naturaleza, en un ejercicio de ponderación, se concluye que la tutela, en el caso particular, se debe inclinar favor del derecho fundamental aludido.²¹⁹

3.3. SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016

El 27 de julio de 2015, tanto PVEM y el PAN interpusieron recursos de revisión contra la resolución del 23 de julio de 2015, dictada dentro del expediente SRE-PSC-251/2015; le tocó conocer a la ponencia del Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar y le recayó el expediente SUP-REP-542/2015. A su vez, contra la impugnación de la sentencia del 17 de febrero de 2016 conoció el Magistrado Flavio Galván Rivera y le correspondió el expediente SUP-REP-16/2016. El proyecto de

²¹⁷ Expediente SRE-PSC-11/2016, p. 43.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 47.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 52-53

Galván Rivera fue rechazado por el Pleno de la Sala Superior y el engrose, nuevamente, quedó a cargo del Magistrado Nava Gomar. Por esa razón, ambas sentencias son idénticas en su desarrollo argumentativo por lo que respecta al estudio de la responsabilidad de las figuras públicas. Para las referencias subsiguientes, porque además se pronuncia sobre las infracciones del PVEM, me referiré sólo al texto de la SUP-REP-542/2015.

Por lo que hace a los agravios, el PAN sostuvo que no se valoró que los tuits denunciados formaran parte de una acción articulada encaminada a transgredir el modelo de comunicación político-electoral “misma que vulnera la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, y la Constitución”²²⁰. El PRD, con el enfoque de la indebida motivación y fundamentación, arguyó que se debieron estudiar los elementos personales, temporales y subjetivos de los mensajes.

Así, la Sala Superior fijó la litis en tres cuestiones a resolver: si los mensajes de las celebridades se realizaron en ejercicio espontáneo de la libertad de expresión o constituyeron parte de una estrategia propagandística diseñada por el Verde para violar, únicamente, el artículo 251 de la LEGIPE; si los artistas y deportistas eran susceptibles de ser sancionados por la normativa electoral, y si el PVEM era responsable directo y no sólo por *culpa in vigilando*.

3.3.1. Estudio de fondo

La Sala Superior dividió su estudio de agravios en tres apartados: alcances de la veda electoral, libertad de expresión en redes sociales y características de Twitter, y responsabilidad de los sujetos denunciados.

a) Alcances de la veda electoral

²²⁰ Expediente SUP-REP-542/2016, p. 16.

El objeto de la veda electoral es:

“generar las condiciones suficientes para que, una vez concluido el periodo de campañas electorales, los ciudadanos procesen la información recibida durante el mismo, y reflexionen el sentido de su voto, haciendo una valoración y confrontación de la oferta política que se presenta en los comicios, para lo cual el legislador buscó generar las condiciones óptimas para ello. Adicionalmente en ese periodo se busca evitar que se emita propaganda que pudiera influenciar, persuadir o coaccionar al electorado, evitando ventajas indebidas, dada la cercanía con la jornada electoral”.²²¹

A pesar de que el artículo 251 de la LEGIPE es claro en cuanto a su prohibición, la Sala Superior consideró necesario establecer una liga entre el anterior numeral y el diverso párrafo 3 del 242²²², que es el que define lo que se entiende por propaganda. Así, para actualizar la violación al periodo de veda electoral, el magistrado Olimpo Nava añadió un elemento personal: que la difusión de la propaganda fuese hecha por un partido, candidato, militante o simpatizante. En este orden de ideas, también se percató de que la legislación no define la palabra “simpatizante”. Por ello, para atribuirle significado, le bastó utilizar como soporte semántico el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*²²³ y los estatutos del Partido Verde Ecologista de México.²²⁴

Aunque reconoció que un “simpatizante” configura una posición intermedia entre un militante, que sí guarda un vínculo directo con un partido, y un elector, que carece de una preferencia específica, por alguna razón que en ningún momento se

²²¹ *Ibidem*, p. 21

²²² Artículo 242.

(...)

3. Se entiende por propaganda electoral el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus simpatizantes, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas.

(...)

²²³ “Se entiende como simpatizante a quien tiene una fuerte afinidad con un partido político o asociación gremial cuando no está afiliado a una u otra entidad”, en Expediente SUP-REP-542/2015, p. 23.

²²⁴ “son simpatizantes los ciudadanos que manifiestan el deseo de mantener un contacto estrecho con el partido y colaborar con sus fines”, en Expediente SUP-REP-542/2015, p. 24.

justifica, concluyó que, para ese órgano jurisdiccional, dicha palabra debe entenderse como:

aquella persona que tiene afinidad respecto de los principios, propuestas e ideas que postula un partido político, y que de manera espontánea mantiene una preferencia respecto de dicho instituto político, sin tener un vínculo directo (formal o material) de algún tipo con el mismo, siempre que exista una expresión voluntaria y reiterada de tal afinidad y un deseo de colaboración de los fines e intereses del partido político manifestando conductas concretas, reiteradas y planificadas.²²⁵

b) Libertad de expresión en redes sociales y características Twitter

Como en los juicios de origen, la Sala Superior revisó el marco legal y jurisprudencial, nacional e internacional, de la libertad de expresión. Con apoyo en la jurisprudencias 25/2007²²⁶, emitida por el Pleno de la SCJN, y 11/2008²²⁷, emitida por la Sala Superior del TEPJF, señaló que el objetivo esencial de la protección de este derecho fundamental es la formación de una opinión pública libre e informada, indispensable para el funcionamiento de una democracia representativa. Por esa razón, en el contexto del debate electoral, esta protección debe mostrar mayores márgenes de tolerancia. Con la *Opinión Consultiva OC-5/85* de la CoIDH y el *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión A/66/290* de la Organización de Estados Americanos (OEA) se enfatizó el papel de internet para potencializar el derecho a la información sujetándose a los principios de acceso, pluralismo, no discriminación y privacidad.

c) Calidad de sujetos involucrados

²²⁵ Expediente SUP-REP-542/2015, pp. 24-25

²²⁶ Tesis P./J. 25/2007, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, en mayo de 2007, registro 172479: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO.

²²⁷ Jurisprudencia 11/2008, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 2, Número 3, 2009, pp. 20-21: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO.

En el SRE-PSC-251/201 se sostuvo que la calidad de figuras públicas no podía implicar un tipo de restricción especial. Aquí, en cambio, se señaló que, precisamente esa circunstancia, “genera una mayor atracción o impacto de sus mensajes, hecho que conlleva también un mayor grado de responsabilidad social respecto de los contenidos que difunden en la red”²²⁸. Por esa razón, la Sala Superior reconoce dos posibilidades:

La primera, que los partidos se aprovechen de la popularidad de artistas y deportistas y los utilicen como vehículos para la difusión de sus plataformas:

existe la posibilidad de que en el marco de una estrategia publicitaria su busque, so pretexto del ejercicio de la libertad de expresión, incidir de manera indebida en la contienda electoral a partir de la emisión de mensajes que, en vez de ser espontáneos, formen parte de una estrategia propagandística diseñada por los partidos políticos para conseguir apoyo ciudadano, particularmente si ello acontece en momentos en que está legalmente prohibida la propaganda electoral.²²⁹

La segunda, que de identificarse a los tuits como propaganda, sus emisores son susceptibles de ser sancionados, toda vez que la libertad de expresión no es derecho absoluto y el énfasis de la propaganda se encuentra en la intención y no en la calidad personal:

no resulta absoluta, por lo que si se advierten elementos en los mensajes que difunden en sus redes sociales que permitan identificarlos con la propaganda política o electoral de un partido político, es necesario analizar el contenido de tales mensajes a partir del contexto en que se emitieron, a fin de determinar si es posible inferir que existe colaboración —contratada, pagada o pactada— en beneficio del partido, que

²²⁸ *Ibidem*, p. 42.

²²⁹ *Ibidem*, p. 43.

podiese interferir con alguna prohibición establecida expresamente en la normativa electoral, o bien, poner en riesgo los principios rectores en la materia.²³⁰

d) Análisis de las emisiones

Del estudio textual y circunstancial de los tuits, la Sala Superior advirtió los siguientes elementos:

Primero. Los mensajes efectivamente fueron realizados en el intervalo del 04 al 07 de julio de 2015. En razón de la temática, los tuits se dividen en diez apartados (para ejemplificar, se muestran sólo algunos mensajes):

1. **#InglésYComputación**. Julio César Chávez González (@jccchavez115): “@partidoverdemex tiene una propuesta de clases de #InglésYComputación, ojalá se logre!”.

2. **#BecasParaNoDejarLaEscuela**; Alex Syntek (@syntekoficial): “El futuro depende de las nuevas generaciones #BecasParaNoDejarLaEscuela. Tenemos que ayudarlos!!! Bien por las propuestas verdes”.

3. **#ValesdePrimerEmpleo**; Óscar Gutiérrez Rubio “Rey Misterio” (@reymisterio): “Se imaginan graduarse y tener un trabajo asegurado? #ValesDePrimerEmpleo HAY QUE ECHARLE GANAS MIJOS #VotoConsciente VamosVerdes”.

4. **#VedaForestal**; Grupo musical Camila (@CamilaMX): “Cuidar el medio ambiente nos toca a todos, bien por la propuesta de #VedaForestal del Verde para mantener un #MéxicoVerde”.

5. **#ValesDeAtenciónMédica**; Ninel Conde (@ninelconde): “Vamos a hacer realidad la propuesta del verde #ValesDeAtenciónMédica por la salud de los mexicanos”.

6. De cuidado del agua; Raquel Bigorra (@rbigorra): “Bien por esta propuesta. Ahora hay que hacerla realidad. Me apunto para apoyar y Solo 650 acuíferos abastecen nuestro país! Qué bueno que el @partidoverdemex este haciendo algo al respecto! <http://bit.ly/1KkHiZD>”.

²³⁰ *Idem*.

7. De apoyo general; Belinda (@belindapop) y Miguel *El Piojo* Herrera (@miguelherreradt): “Grandes propuestas de los verdes, seamos responsables de nuestro medio ambiente <http://youtu.be/4IP1BNVcz1U>”; “Apoyemos a la selección. No dejen de votar, vamos con los verdes... Los verdes sí cumplen”.

8. De alusión al voto, #VotoVerde; Galilea Montijo (@GalileaMontijo) y Sergio Sepúlveda (@SERGESEPULVEDA): “No podemos seguir así, salgamos a votar. buenas propuestas!!! Vamos Verdsss! #VotoConsciente”; “Ya no quiero quejarme más, quiero unirme a la solución! Yo hoy #VotoVerde; Bien por las propuestas del @partidoverdemex por fin soluciones reales a los problemas que los mexicanos enfrentamos!”.

9. **#ApagónVerde**; Fabiola Campomanes (@fabiolatiki): “Mañana es el #DMMA algo vi por ahí del #ApagónVerde que buenas propuestas del partido verde! Yo me uno! 9Pm x 5 min!”.

10. **#DíaMundialDelMedioAmbiente**; Arturo Escobar y Vega (@ArturoEsc): “#DíaMundialDelMedioAmbiente, otra gran oportunidad para revalorar nuestro entorno natural”.

Segundo. Del universo de emisiones, cuatro tópicos —“inglés y computación”, “vales de primer empleo”, “becas para estudiantes” y “veda forestal”— correspondieron con propuestas concretas que el PVEM incluyó en su plataforma electoral 2014-2015.

Tercero. La mayoría de los tuits, al acompañarse de los hashtags #VamosVerdes, #VamosConLosVerdes, #ApoyemosALosVerdes y al arrobar al @partidoverdemex, crearon un vínculo claro e inequívoco con dicho instituto político. En cuanto a su sintaxis, todos están redactados en plural, utilizando verbos como “vamos” y “apoyemos”; lo que implicó una invitación a la adherencia. Además, ninguno expresa opiniones críticas o negativas, todas son favorables.

Cuarto. De los *timelines* (el historial de publicaciones en los perfiles) se advirtió que durante el transcurso de la campaña electoral, las celebridades “no publicaron un solo mensaje relacionado con el proceso electoral o con alguna propuesta de

cualquier partido político o candidato, lo que evidencia un comportamiento atípico y coincidente”²³¹.

Quinto. Todas las cuentas exceden los 15 mil seguidores, algunas superan el millón. “Ese dato por sí solo revela que sus mensajes denunciados tuvieron un universo potencial de miles o millones de destinatarios”²³².

Sexto. Las personas denunciadas son ampliamente conocidas dada su exposición televisiva, sobre todo por las concesionarias Televisa y Televisión Azteca; por otro lado, como hecho notorio el PVEM “reiteradamente ha utilizado como estrategia propagandística la difusión de mensajes alusivos a sus propuestas de campaña por conducto de figuras del medio del espectáculo”²³³.

Tras las consideraciones anteriores, el Magistrado Olimpo Nava Gomar apuntó que:

Se considera un hecho extraordinario o atípico que un grupo específico y numeroso de ciudadanos pertenecientes a un gremio particular de la televisión mexicana, exprese, durante el transcurso de la veda electoral, una posición política-electoral prácticamente idéntica, incluso con referencias en común, a favor de una sola fuerza política, sus candidatos y sus propuestas de campaña²³⁴.

Y concluye:

El análisis adminiculado de los mensajes señalados revela múltiples elementos comunes entre sí que permiten desvirtuar la presunción de espontaneidad en su emisión y, por el contrario, **generan una fuerte presunción en el sentido de que no se trató de mensajes publicados en un auténtico ejercicio de la libertades de expresión y de información, sino que, en realidad, se está en presencia de**

²³¹ *Ibidem*, p. 60.

²³² *Ibidem*, p. 61.

²³³ *Ibidem*, p. 63.

²³⁴ *Ibidem*, p. 62.

una estrategia propagandística dirigida a beneficiar al Partido Verde Ecologista de México. Lo anterior, con independencia de la acreditación o no de la existencia de un acuerdo o contrato para tal fin, o de si los ciudadanos famosos recibieron o no un pago por ello, pues de todos modos se actualizaría la infracción bajo estudio.²³⁵

(énfasis agregado)

3.3.2. Resolución

La Sala Superior determinó que, de acuerdo con sus propios precedentes, lo correcto es que aquellos actos a los que se les atribuye el carácter de propaganda “no se confronten únicamente con la literalidad de la norma, sino que debe hacer una interpretación basada en la sana lógica y el justo juicio o raciocinio”²³⁶. Por esa razón, reiteró que la propaganda debe ser entendida como “el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que se producen y difunden con la finalidad de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas”.²³⁷

No obstante lo anterior y pese a que tuvo por acreditada “la difusión de propaganda electoral de un partido político durante los tres días previos a la fecha en que se celebró la jornada comicial”²³⁸, resolvió no sancionar a las celebridades ni al PVEM por responsabilidad directa.

En cuanto a las figuras públicas, el argumento fue que no eran sujetos obligados por la LEGIPE. Retomando la interpretación que la Sala Superior hizo de la palabra “simpatizante”, consideró que de las pruebas aportadas no se acreditó que los ciudadanos denunciados hubiesen mantenido “de manera consistente una preferencia respecto de dicho instituto político, o que hubiese perdurado en el

²³⁵ *Ibidem*, p. 64.

²³⁶ *Ibidem*, p. 47.

²³⁷ *Ibidem*, p. 48

²³⁸ *Ibidem*, p. 69

tiempo una expresión voluntaria y reiterada de tal afinidad”²³⁹. Como apoyo, advierte que el artículo 2° del Estatuto del PVEM exige un registro interno para que un ciudadano sea considerado como “simpatizante”.

Por esa razón concluye que:

...al no existir elementos suficientes para estimar que las personas famosas detalladas configuran la calidad de simpatizantes prevista en el artículo 242, párrafo 3, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, debe entenderse que tales circunstancias no actualizan el elemento personal de la citada prohibición y que, por tanto, publicaron los mensajes apuntados en el ejercicio de su libertad de difundir ideas en el contexto del debate político.²⁴⁰

(énfasis agregado)

Caso contrario ocurrió con Raúl Osorio Alonzo. En su calidad de candidato suplente a diputado federal por el distrito 29 del Estado de México, sí se le tuvo por actualizada la violación no sólo del párrafo 4 del artículo 251 de la LEGIPE, sino también del principio constitucional de equidad de la contienda.

Por último, a pesar de que *Ad quem* reconoció, por parte del PVEM, su “participación en la publicación de los mensajes denunciados”²⁴¹ y que esa actitud pudo “trastocar alguno de los principios rectores de la elección, en especial el de equidad de cara a la elección”²⁴², decidió que su responsabilidad sólo podía ser indirecta.

Como al PVEM le fue materialmente imposible vigilar la conducta de terceros, lo correcto era que, como garante de la observancia de los principios rectores de la

²³⁹ *Ibidem*, p. 75

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 75-76

²⁴¹ *Ibidem*, p. 89.

²⁴² *Ibidem*, p. 90.

constitución y en apoyo de la jurisprudencia 17/2010²⁴³, adoptase las medidas adecuadas para evitar que se violara el periodo de veda electoral. Es decir, desde esta perspectiva, el PVEM no participó en la estrategia propagandística de la que se benefició y su única obligación era la de “llevar a cabo todas las medidas a su alcance para deslindarse eficientemente de las acciones de terceros potencialmente ilícitas y con ello, contribuir a inhibir la conducta denunciada”.²⁴⁴

3.4. Crítica metodológica

Norberto Bobbio decía que, comúnmente, la decisión de un juez es anterior al desarrollo de sus razonamientos. En los juicios de origen, así como en los SUP-REP-542/2915 y SUP-REP-16/2016 es clara la intención de los juzgadores de no sancionar a las figuras públicas. Explicar el porqué de esta intención es tarea del realismo jurídico; en argumentación jurídica, lo que nos interesa es analizar si las razones que soportan esa intención —no sancionar a las figuras públicas ni directamente al PVEM— pudiesen estar, de algún modo, justificadas racionalmente.

Bajo esta premisa, las cuatro sentencias comparten: a) dedicar largos desarrollos a la importancia libertad de expresión como base de la democracia representativa; b) percatarse de que el artículo 251 párrafo 4 de la LEGIPE significa sí una restricción a la libertad de expresión; y c) desincorporar de la litis la violación directa al artículo 41 constitucional. En cuanto a su metodología, las sentencias SRE-PSC-251/2015, SUP-REP-542/2015 y SUP-REP-16/2016 son formalistas —en la medida en que reducen su decisión a una operación lógica básica y prefieren una interpretación que priorice “las cuestiones lógico-lingüísticas frente a una fundada en valoraciones de intereses o cuestiones de hecho”²⁴⁵—; en la

²⁴³ Jurisprudencia 17/2010, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 6, Número 6, 2010, páginas 33 y 34, rubro: RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS POR ACTOS DE TERCEROS. CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR PARA DESLINDARSE.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 94.

²⁴⁵ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 12a. ed., Ernesto Garzón Valdés (trad.), México, Editorial Fontamara, 2012, col. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 32.

sentencia SRE-PSC-11/2016 se pretende hacer creer que se realizó un ejercicio de ponderación.

En seguida se estudiarán los desarrollos argumentativos en de los juicios de origen y, con mayor detalle, los de los recursos de revisión.

3.4.1. Errores de la Sala Regional Especializada

En ambos expedientes, el gran error radica en que los juzgadores omitieron estudiar el contenido concreto y las circunstancias en que fueron emitidos los tuits. En el SRE-PSC-251/2015 la consecuencia fue que las certificaciones de los mensajes carecieron incluso de valor probatorio indiciario y, por tanto, se buscó un supuesto diverso —la prohibición de contratar tiempos en radio y televisión— para exigir la actualización de la violación al período de veda electoral. Es decir, para acreditar la emisión de propaganda debió existir un vínculo contractual entre el PVEM y las celebridades. Como esto no pudo demostrarse, las emisiones se realizaron en apego a la libertad de expresión.

Visto desde un esquema formal, la premisa normativa dejó de ser el párrafo 4 del artículo 251 de la LEGIPE y pasó a ser el diverso párrafo 4 del artículo 159²⁴⁶, sin que el juez ofreciera ninguna justificación racional para este cambio (desde la *Teoría de la argumentación* de Alexy, infringió las reglas J.2.3, J.2.4 y J.2.5). Es más, incluso en el caso de que hubiese justificado la exigencia de un vínculo contractual como elemento adicional de la veda electoral, la Sala Regional se habría apartado de la jurisprudencia 17/2015²⁴⁷ emitida por la Sala Superior. En

²⁴⁶ Artículo 159.

(...)

4. Los partidos políticos, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Tampoco podrán contratar los dirigentes y afiliados a un partido político, o cualquier ciudadano, para su promoción personal con fines electorales. La violación a esta norma será sancionada en los términos dispuestos en el Libro Octavo de esta Ley.

(...)

²⁴⁷ Jurisprudencia 17/2015, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 8, Número 17, 2015, páginas 42 y 43, rubro:

resumen, ésta reconoce que las personas que actúan por encima de la ley suelen eliminar las pruebas de su comportamiento, de ahí que exigir la demostración de un vínculo contractual para acreditar la emisión de propaganda sea lo mismo que oponerse a la consecución de los fines perseguidos por el legislador, en este caso, de la equidad en la contienda. El juzgador tampoco justificó por qué se apartó de este precedente obligatorio (regla J.14). Entonces, si el elemento determinante de la propaganda no es su origen contractual sino su contenido, el juez debió estudiar el contenido de las emisiones. Sin embargo, tampoco justificó esta omisión.

En el expediente SER-PSC-11/2016, sin duda, la elección del método de ponderación fue acertado. Sin embargo, aunque se desarrolló de manera exhaustiva el peso abstracto de la libertad de expresión, la consecuencia de no estudiar el contenido y contexto de los tuits, fue carecer de elementos para determinar, en el caso concreto, cuál fue la intensidad de la intervención en ese derecho fundamental y cuál la importancia de la satisfacción del principio de equidad en la contienda. El juzgador, expresamente, tomó el modelo de ponderación de Alexy como referencia y omitió incluir tres variables: “IPi”, “IPj”, y “GPj”; de ahí que su conclusión no es producto de una ponderación.

3.4.2. Errores de la Sala Superior

A diferencia de los juicios de origen, aquí la Sala Superior sí estudió el contenido y las circunstancias de la emisión de los tuits. Esto la llevó a afirmar que las celebridades sí emitieron propaganda durante el periodo de veda electoral en beneficio del PVEM y, con ello, se reconoció la violación al principio de equidad en la contienda. Sin embargo, hay gravísima contradicción (regla 1.1) al momento de determinar quién o quiénes fueron los responsables de difundirla. A esta interrogante la Sala Superior responde que fueron todos y ninguno. En el estudio para determinar las infracciones atribuidas a las figuras públicas se argumenta que,

RADIO Y TELEVISIÓN. PARA ACREDITAR LA ADQUISICIÓN DE TIEMPO ES INNECESARIO DEMOSTRAR SU CONTRATACIÓN.

al no emitirse los tuits en un ejercicio auténtico de la libertad de expresión, fue el PVEM quien, a pesar de no existir pruebas contractuales, estuvo detrás del despliegue. En el estudio de la responsabilidad del PVEM se sostuvo que éste no participó en la difusión de propaganda y, por tanto, su única obligación consistía en deslindarse de manera idónea de los apoyos, siendo las celebridades las responsables de emitirla.

Esta contradicción es consecuencia de dos pasos argumentativos que no tenían justificación racional. El primer paso fue el crear un liga innecesaria entre el párrafo 4 del artículo 251 de la LEGIPE y el diverso párrafo 3 del artículo 242 (reglas J.2.3, J.2.4, J.2.5 y J.14). El segundo paso fue cerrar la litis al problema de la definición de la palabra “simpatizante” (forma J.3.2., reglas J.6, J.7). Es decir, desde un esquema formal, la premisa normativa dejó de ser el supuesto de veda electoral y pasó a ser la de cumplir con la calidad de simpatizante. La premisa fáctica requería acreditar que las celebridades se encontraran inscritas en un registro especial del PVEM y que colaboraran continuamente en su actividades partidistas. Como esto era imposible de acreditar, las emisiones se presumieron como un uso auténtico de la libertad de expresión.

a) Primer paso, definición de propaganda

En primer lugar, el párrafo 4 del artículo 251 de la LEGIPE, para el cumplimiento de su supuesto, solamente exige un elemento temporal —“el día de la jornada electoral y durante los tres días anteriores”— y otro material —“no se permitirá la celebración ni la difusión de reuniones o actos públicos de campaña, de propaganda o de proselitismo electorales”—. Una interpretación sistemática de la LEGIPE arroja, en el párrafo 1 inciso d) del artículo 442²⁴⁸, que los ciudadanos o

²⁴⁸ Artículo 442.

1. Son sujetos de responsabilidad por infracciones cometidas a las disposiciones electorales contenidas en esta Ley:

(...)

d) Los ciudadanos, o cualquier persona física o moral;

(...)

cualquier persona física son sujetos de responsabilidad por infracciones cometidas contra las disposiciones electorales. ¿Las celebridades eran susceptibles de ser sancionadas? Sí. Además, por criterio jurisprudencial²⁴⁹, dado el ejercicio de la potestad punitiva del estado, algunos de los principios del derecho penal se trasladan al derecho administrativo sancionador. Uno de ellos es el principio de tipicidad que exige encuadrar la conducta en los términos exactos de su supuesto, sin que sea lícito ampliarla o restringirla en aras de la tutela de bienes jurídicamente fundamentales. La decisión del juzgador de crear una liga entre el tipo administrativo de la veda electoral y la definición de propaganda electoral es violatoria del principio de tipicidad y, en consecuencia, del artículo 14 constitucional.

El juzgador intenta justificar su decisión aduciendo que el párrafo 3 del artículo 242 de la LEGIPE le permite para precisar cuáles son los elementos constitutivos de la propaganda. Sin embargo, la jurisprudencia 37/2010²⁵⁰, emitida por la Sala Superior del TEPJF, al interpretar los párrafos 3 y 4 del artículo 228 del COFIPE — la redacción de éstos es idéntica a la de los vigentes párrafos 3 y 4 del artículo 242 de la LEGIPE— determinó que el criterio esencial para identificar la propaganda, más allá del ámbito y de las personas que la emitan, consiste en mostrar objetivamente que los mensajes son efectuados con la intención de promover una candidatura o un partido político ante la ciudadanía “por incluir signos, emblemas y expresiones que los identifican, aun cuando tales elementos se introduzcan en el mensaje de forma marginal o circunstancial”. Es decir, para acreditar la propaganda lo importante es la intención de favorecer o desfavorecer a candidatos y/o partidos,

²⁴⁹ Tesis P./J. 100/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, agosto de 2006, registro 174326: TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

²⁵⁰ Jurisprudencia 37/2010, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 7, 2010, páginas 31 y 32, rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. COMPRENDE LA DIFUSIÓN QUE SE REALIZA EN EL CONTEXTO DE UNA CAMPAÑA COMICIAL CUANDO CONTIENE ELEMENTOS QUE REVELAN LA INTENCIÓN DE PROMOVER UNA CANDIDATURA O UN PARTIDO POLÍTICO ANTE LA CIUDADANÍA.

siempre que los símbolos o frases utilizadas creen un vínculo inequívoco con algún instituto político.

Sin duda, el magistrado Olimpo Nava se refería al criterio anterior cuando, previo al análisis del contenido de los tuits, remarcó la necesidad de que los actos a los que se les atribuya el carácter de propaganda “no se confronten únicamente con la literalidad de la norma, sino que debe hacer una interpretación basada en la sana lógica y el justo juicio o raciocinio”.

No obstante, una vez más, el juzgador se contradice y, al momento de resolver, traslada el acento de la propaganda no ya en la intención de los mensajes para favorecer una plataforma o candidatura, sino en la calidad de las personas que la emitan. Este razonamiento, además, propone una interpretación reducida del significado de “propaganda”. Identifica a ésta con sólo una de sus especies: la propaganda electoral.

b) Segundo paso, definición de simpatizante

La definición de la palabra “simpatizante” representa una indeterminación normativa. Para los positivistas la determinación del significado, no importa cuál, será legal siempre que no se aparte del marco legal: “la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una interpretación única [...] sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor”²⁵¹.

De una interpretación sistemática y funcional, como lo mandata el párrafo 2 artículo 5º de la LEGIPE, el juzgador debió construir la definición de “simpatizante” a partir de marco jurídico electoral disponible o a partir de los fines que perseguía el legislador. En el primer caso, el juez contaba con dos elementos orientadores:

²⁵¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 16a ed., Roberto J. Vernengo (trad.), México, Porrúa, 2011, p. 352,

un criterio jurisprudencial²⁵² y el inciso a) párrafo 1 del artículo 4⁰²⁵³ de la *Ley General de Partidos Políticos*. Ambos expresan qué debe entenderse por “militante o afiliado”. En resumen, enfatizan el hecho de que los ciudadanos se encuentren formalmente inscritos y que se involucren en las actividades del partido. Estas características obedecen a que los militantes y sólo ellos contribuyen a dotar de representatividad a un instituto político, de ahí la exigencia de su registro y el nivel alto o bajo de su participación. Así, por exclusión y dados los efectos legales, la categoría de “simpatizante” no podría identificarse con la de “militante” (forma J.15).

Para definir “simpatizante” el juzgador recurrió a un elemento ajeno al marco jurídico electoral: los Estatutos del PVEM. Éstos, aunque deben ajustarse a los requisitos mínimos que prevé la Ley General de Partidos Políticos, su naturaleza jurídica no deja ser la de un acuerdo de voluntades entre particulares. Al concluir que un “simpatizante” debe manifestar “conductas concretas, reiteradas y planificadas” hacia un instituto político y, en el caso de las celebridades, encontrarse inscritos en el registro que para tal efecto constituya el PVEM, el juzgador dotó de efectos generales un acuerdo entre particulares.

Ahora bien, la definición que el *Ad quem* ofrece de “simpatizante” se compone de dos mitades que se oponen. Por un lado, “simpatizante” es aquel que tiene afinidad por algún partido y “de manera espontánea mantiene una preferencia por dicho instituto político sin tener vínculo directo (formal o material) de algún tipo con el mismo”. Por el otro, añade que sólo será “simpatizante” aquel que muestre “una expresión voluntaria y reiterada de tal afinidad y un deseo de colaboración con los

²⁵²Jurisprudencia. Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 5, Año 2002, página 98. MILITANTE O AFILIADO PARTIDISTA. CONCEPTO.

²⁵³ Artículo 4.

1. Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

a) Afiliado o Militante: El ciudadano que, en pleno goce y ejercicio de sus derechos político-electorales, se registra libre, voluntaria e individualmente a un partido político en los términos que para esos efectos disponga el partido en su normatividad interna, independientemente de su denominación, actividad y grado de participación

finés e intereses del partido político manifestado en conductas concretas, reiteradas y planificadas”.

En la primera parte el juzgador es enfático en que un “simpatizante” es alguien cuya afinidad partidista es espontánea y libre. Aquí recupera una posición intermedia entre un militante y un elector indeciso, y su respaldo lo encuentra en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. La segunda parte, por su formalismo, se acerca a una definición de militante y se apega a lo que prevé el Estatuto del PVEM. Así, se trata de un pastiche que genera las siguientes preguntas: ¿La afinidad partidista debe ser espontánea o reiterada? ¿La afinidad partidista no implica un vínculo directo o requiere de expresiones y conductas reiteradas, concretas y planificadas?

De acuerdo con la parte primera de la definición, las figuras públicas denunciadas sí son simpatizantes y debieron ser sancionados. En razón de la segunda, resultaría imposible acreditar una colaboración estrecha y repetida entre ellos y el PVEM.

3.4.3. El problema del garantismo

Quizá la única justificación racional para estas cuatro sentencias sea la adopción del garantismo como método de estudio. Desde esta perspectiva, como se verá, permite las incoherencias dentro del sistema jurídico siempre que, de ese modo, se maximice la protección de los derechos fundamentales.

De las tres acepciones que ofrece Luigi Ferrajoli del “garantismo”, aquí sólo me ocuparé de dos: como estado de derecho constitucional y su relación con la democracia, y como teoría del derecho.

El primer término refiere un estado en el que “los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio

de cualquier poder”²⁵⁴. De aquí se desprenden dos de sus características. En el plano formal, el principio de legalidad condiciona que todo poder tenga su origen en ley. En el plano sustancial, “por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”²⁵⁵.

A su vez, esas características se traducen como condiciones de legitimación formal y sustancial de cada uno de los poderes. Esta distinción ayuda también a aclarar la naturaleza de la relación entre democracia y estado de derecho pues cada cual genera sus propias reglas. Las condiciones formales establecen quién y cómo se debe decidir, “disciplinan las formas de expresión de la soberanía popular”²⁵⁶; en nuestro sistema, por ejemplo, está el artículo 41 de la CPEUM. Las condiciones sustanciales, prevén qué puede y qué no puede decidirse, protegen libertades esenciales de los gobernados: nuestro artículo 6º constitucional.

Esta distinción implica una redefinición del concepto de democracia. Se llamará “democracia sustancial” a un estado dotado de garantías efectivas cuyo fin “consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado o, si se quiere, en la maximización de la libertades y en la minimización de los poderes”²⁵⁷. Por otra parte, será “democracia formal” la que traslade al principio de mayoría la base de su legalidad, es, sobre todo, vista como método de formación de las decisiones públicas.

En este punto, lo más importante del razonamiento de Ferrajoli es subrayar que traza una jerarquía axiológica entre normas sustanciales y normas formales:

Pero es también claro, en el plano axiológico, que la democracia sustancial incorpora valores más importantes, y por consiguiente previos, en relación con la formal. [...]

²⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3a. ed., Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* (trads.), Madrid, Editorial Trotta, 1998, col. Estructuras y procesos, p. 856.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 857.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 858.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 866.

En suma, el principio de democracia política, relativo al *quién* decide, se encuentra subordinado a los principios de la democracia sustancial relativos a *qué no es lícito decidir* y a *qué es lícito dejar de decidir*²⁵⁸.

¿Pero por qué son más importantes los valores contenidos en normas sustanciales que los incorporados en normas formales? Ferrajoli ofrece dos argumentos.

El primero sostiene que, históricamente, el núcleo de las constituciones está formado por límites del poder y no sobre su fuente o formas de ejercicio. Siguiendo esta lógica, lo primero que se consensua es qué no puede decidir la mayoría y no qué sí puede decidirse. Las libertades sirven para conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia. El segundo aduce que, en la práctica, las mayorías pueden suprimir a las minorías e, incluso, pueden autoanular la democracia.

De ahí que, en caso de que normas sustanciales y formales entren en conflicto:

Siempre será una solución regresiva buscar coherencia mediante interpretaciones restrictivas de las normas de nivel superior para compatibilizarlas con inferiores y siempre será progresiva, aún a costa de ver crecer las incoherencias del ordenamiento, toda interpretación extensiva de valores constitucionales o, mejor aún, toda reformulación normativa en términos más ricos y vinculantes²⁵⁹.

Por último, la segunda acepción inserta el “garantismo” dentro de la teoría positivista. La diferencia radica en que, frente a los conceptos tradicionales de eficacia y validez, el garantismo escinde el de validez y el de vigencia. Vigentes serán todas las normas producidas conforme a derecho; válidas, sólo aquellas que no se opongan a los derechos fundamentales. De esa forma, la estructura normativa del estado de derecho constitucional se caracteriza:

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 865.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 867.

a) por la pertinencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación con el superior; b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; c) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez²⁶⁰.

Las dos consecuencias más destacadas de este planteamiento son que el interés principal del garantismo es la ilegitimidad del poder; de éste se sigue la exigencia de una actitud crítica por parte de los operadores jurídicos y, especialmente, de los jueces. Ellos, de cara a una antinomia —norma vigente sospechosa de invalidez— tienen, finalmente, dos estrategias de solución:

pueden hacerla cuadrar con la Constitución, aportando interpretaciones que reduzcan su alcance normativo pero legitimando así su conservación; o pueden enfatizar el contraste con la Constitución, acentuando los aspectos de invalidez de aquélla pero avalando de este modo, en tanto la norma no sea anulada, interpretaciones anticonstitucionales²⁶¹.

En resumen: o se interpreta la norma de la manera más restrictiva o se invalida.

Una vez establecido lo anterior, en los expedientes SUP-REP-541/2015 y SUP-REP-16/2016 —además de la intención inicial de no sancionar a las figuras públicas de cara a la maximización de libertades— la perspectiva garantista reaparece en otros cuatro momentos.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 872.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 879.

El primero es el desarrollo exhaustivo de los beneficios de la libertad de expresión en las sociedades democráticas. El segundo ocurre cuando, como consecuencia de la antinomia entre el periodo de veda electoral y la libertad de expresión, el juzgador crea una liga entre los artículos 251 párrafo 4 y 242 párrafo 3. De ese modo, reformula la norma sospechosa de invalidez en términos más restrictivos: condiciona su actualización a satisfacer un elemento personal adicional. En términos semejantes procede el juzgador cuando se enfrenta a la definición de la palabra “simpatizante”: una interpretación menos restrictiva habría admitido que los simpatizantes ocupan una posición intermedia entre el elector indeciso y el militante, y, además, que no era indispensable probar la inscripción de la figuras públicas en un registro ni su colaboración reiterada y planificada con el PVEM. El último momento está en el énfasis del juez para concluir que, al no actualizarse un elemento del tipo administrativo, las celebridades, sin lugar a dudas, actuaron en estricto apego a su libertad de expresión.

Termino con una suposición. Aún y cuando la Sala Superior hubiese procedido al estudio de una violación directa al artículo 41 de la CPEUM, la respuesta del garantismo sería idéntica. El argumento axiológico de Ferrajoli, sin importar el contexto, no dejaría margen para que el principio de equidad pudiese sobreponerse a la libertad de expresión.

3.5. Ejercicio de ponderación. La fórmula del peso

Líneas arriba se mostró cómo la intención la Sala Regional Especializada y de la Sala Superior fue la de no sancionar a las figuras públicas o, si quiere, de maximizar sus derechos fundamentales. En los juicios de origen bastó con no entrar al análisis de los mensajes, en los recursos de revisión se trazó un camino que exigía la acreditación del carácter de simpatizantes. En todos se esforzaron por advertir el riesgo de lesionar la libertad de expresión en el contexto del debate electoral. Al garantismo no le interesan las circunstancias del caso concreto pues su jerarquía axiológica aventura una sola respuesta correcta. Queda por ver, entonces, un

escenario donde, más que el discurso teórico, sean los hechos concretos los que determinen, no la posibilidad de restringir la libertad de expresión o si ésta es auténtica o no, sino en qué medida su eventual restricción permite satisfacer los fines del legislador y, al mismo tiempo, respete la garantía efectiva del derecho fundamental.

Lo siguiente es proponer una resolución desde un ejercicio de ponderación. Para ello, se utilizará la fórmula del peso diseñada por Robert Alexy. No se trata de la “fórmula del peso completa”, sino de una que sólo contenga cuatro variables: las relativas a la intensidad de la intervención, importancia de satisfacción y, dado que no se equivalen, los pesos concretos de cada principio. Se dejan fuera la seguridad de los supuestos empíricos y normativos por dos razones: la primera es que, como se verá, el cociente no deviene en un empate; la segunda es que el margen de acción del legislador, tanto para intervenir la libertad de expresión como para realizar el principio de equidad en la contienda, es sólo plausible (p); por tanto, la incorporación de las magnitudes de “Si” y “Sj” no alteraría el resultado. Dicho lo anterior, la fórmula quedaría del modo siguiente:

$$W_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA}{IP_jC \cdot GP_jA}$$

Donde:

$W_{i,j}$ = El peso concreto de la libertad de expresión en relación con el principio de equidad en la contienda.

IP_iC = Intensidad de la injerencia en la libertad de expresión según el contexto del caso concreto.

GP_iA = Peso abstracto de la libertad de expresión.

IP_jC = Importancia de satisfacción del principio de equidad de la contienda dadas las circunstancias concretas del caso.

GP_jA = Peso abstracto del principio de equidad de la contienda

a) IP_iC

Las cuarenta y un figuras públicas emitieron un total de ciento cuatro tuits durante el periodo de veda electoral. Los mensajes son propaganda. Su intención es clara e inequívoca: posicionar en las preferencias de los ciudadanos al PVEM y a sus candidatos.

Como bien lo determinó la Sala Superior en su análisis de las emisiones, la redacción de los textos traza un vínculo cierto con el PVEM: reproducen las propuestas que incluyó en su Plataforma Electoral 2015, utilizan los mismos *hashtags*, arroban al @partidoverdemx, expresan opiniones favorables —nunca críticas— y emplean la primera persona del plural para solicitar adherencia —“vamos con los verdes”, “tenemos que ayudarlos”, “hay que apoyarlos”—.

Los tuits constituyeron una estrategia propagandística donde participó el PVEM y de la que se benefició directamente. Resulta ser un acontecimiento atípico que, de pronto, cuarenta y un celebridades decidan apoyar a un partido político casi en los mismos términos. Más aún cuando de un estudio de los historiales (*timelines*) de su cuentas de Twitter no se aprecia ningún mensaje anterior de carácter político. Apoyan esta afirmación también las declaraciones recogidas por la prensa relativas a las ofertas recibidas como contraprestación por cada una de sus emisiones.

Los sujetos denunciados tienen una gran presencia mediática y sus seguidores en Twitter se cuentan por miles, incluso por millones —el grupo musical Camila y Miguel “El Piojo” Herrera, por ejemplo—, de ahí el rango amplísimo de destinatarios en sus emisiones. Por ello es un hecho notorio que en los años recientes los partidos, en general, utilicen a las celebridades como vehículos de difusión de propaganda. En particular, desde el proceso electoral 2009, el PVEM ha mantenido una relación contractual con algunas celebridades de Televisa y Televisión Azteca —Raúl Araiza y Galilea Montijo, por ejemplo— que también participaron en la emisión de tuits.

En otro orden de ideas, el tipo administrativo que prevé el párrafo 4 del artículo 251 de la LEGIPE, si bien constituye una restricción a la libertad de expresión, no traspasa los límites esenciales que el marco nacional e internacional mandatan para su protección. La medida, por un lado, de entre todos los tipos de expresión solamente prohíbe uno: las que incitan a una adhesión política, es decir, que prefiguren propaganda. Por el otro, sujeta la prohibición a un intervalo temporal breve: cuatro días.

En conclusión, la intervención en la libertad de expresión de la figuras públicas es mínima toda vez que:

a) La medida de la veda electoral no deteriora el debate público de cara a la contienda electoral. Dentro de los tiempos electorales, el de la veda electoral es el más breve. Cuatro días en contraste con la duración de la campaña electoral — sesenta o noventa días según sea el caso— no es una cantidad determinante para virar las preferencias electorales; por el contrario, evita al elector la sobreexposición de propaganda y, con ello, le permite una mejor reflexión de su voto. Tampoco impide que los ciudadanos y los medios de comunicación continúen con debates y críticas a candidatos y propuestas.

b) La aplicación de la medida a las figuras públicas no traspasa la mínima protección constitucional en razón que sus expresiones no configuraron apoyos o críticas políticas aisladas; sino que se trató de expresiones que incitaron a la adherencia partidista como parte de una acción colectiva y coordinada. La aplicación de la medida tampoco inhibe la posibilidad de que, en el futuro, las celebridades expresen opiniones políticas ni de que, contractualmente, participen con el PVEM o con algún otro partido político en la difusión de su propaganda durante los tiempos permitidos. Simplemente los compele a no emitir propaganda durante el periodo de veda electoral, o bien, para expresar su opiniones durante el periodo de veda electoral siempre que no sea inequívoca su intención de posicionar a un partido de cara a la ciudadanía.

Por tanto, se califica la intensidad de la injerencia en la libertad de expresión de las figuras públicas como leve (I) = 1.

b) *IP_jC*

La difusión de propaganda electoral del PVEM para la contienda 2014-2015 duró cerca de diez meses: del 18 de septiembre de 2014, antes del periodo de precampañas, al 07 de julio de 2015, el día de la elección.

Durante ese intervalo el PVEM se valió de todos los medios a su alcance para favorecer su imagen ante los electores. Aunque las acciones que llevó a cabo se desarrollaron con amplitud en el apartado 3.1.1, conviene hacer algunas precisiones para soportar por qué, en el caso concreto, la importancia de satisfacer el principio de equidad en la contienda era alto.

El primer juicio que se abrió contra el PVEM en las elecciones de 2015 fue por la difusión de los informes de labores de sus legisladores federales. Durante 72 días y de manera escalonada, —sin contar las emisiones en radio y cine— pagaron un total de 239,301 impactos promocionales a través 42 concesionarios de televisión abierta y seis de televisión restringida.

La resolución del SUP-REP-3/2015 es importante porque reconoce que el principio de equidad en la contienda está protegido por los artículos 41 y 134 constitucionales. Que un eventual desequilibrio no sólo puede configurarse por la compra de tiempos en radio y televisión, sino que abarca también otros medios de comunicación masiva²⁶². Pues, al utilizar estas vías de manera desproporcionada,

²⁶² Expediente SUP-REP-3/2015: “De una interpretación sistemática y, por ende, armónica del artículo 134, en relación con el 41[...] permite arribar a la conclusión, que en el modelo de comunicación social vigente, además de la radio y televisión, se encuentra inmerso el cine entre otras vías o formas de comunicación masiva. De ese modo, la propaganda política, electoral y la gubernamental que se anuncie, encuentra cobertura, necesariamente, en el artículo 134 constitucional, al constituir una modalidad de comunicación social, de que ahí que la propaganda

se genera desequilibrio en la exposición y en el financiamiento. En el caso de los informes, por ejemplo, el pago total significó, necesariamente, el uso de recursos públicos del Poder Legislativo Federal, recursos que sobrepasaron los límites de las aportaciones que podían realizar sus militantes y recursos de origen desconocido.

La Sala Superior sancionó al PVEM por la violación directa al principio de equidad en la contienda tras considerar que su propaganda significó una “sobreexposición reiterada, permanente y continua”. En esencia, ésta fue la base para calificar los subsecuentes denuncias —SUP-REP-57/2015, SUP-REP-120/2015, SUP-REP-94/2015, SUP-REP-134/2015, SUP-REP-112/2015, SUP-REP-152/2015, SUP-REP-175/2015 y SUP-REP-334/2015— contra dicho instituto político en materia comunicación política.

Aunque es imposible traducir la efectividad de su estrategia propagandística en términos de votos, es claro que, a fuerza de sobrepasar su financiamiento y utilizar diversos canales para posicionar su oferta política, el PVEM obtuvo una ventaja indebida a lo largo del proceso electoral y, con ello, un beneficio directo. En consecuencia, la importancia de satisfacer el principio de equidad en la contienda dada la actitud reiterada del PVEM a lo largo del proceso electoral 2015, en general, y en particular durante la veda electoral, se califica como alta (g) = 4.

c) *GP_iA*

No se pone en duda que, *prima facie*, la libertad de expresión tiene un peso alto. Es un pilar del estado liberal y, bajo la premisa de que la democracia es un gobierno de opinión, merece la protección más amplia en aras de promover —en su

político-electoral, al igual que la gubernamental y los informes de gobierno que en tales medios se divulguen está igualmente sujeta a reglas, limitaciones y/o proscripciones que se contemplan para su legal transmisión”.

dimensión individual— la crítica, el periodismo, la academia, la investigación, y — en su dimensión colectiva— el pluralismo de ideas y de medios de comunicación.

En este sentido, el estudio de la libertad de expresión, en abstracto, que realiza la Sala Superior es adecuado. A esta variable se la califica como alta (g) = 4.

d) *GP_iA*

El principio de equidad en la contienda, aunque no tiene un reconocimiento expreso en la CPEUM, sí tiene anclaje en otros preceptos: el artículo 4º en sentido amplio; la fracción II apartado B del artículo 6º prohíbe la transmisión de propaganda presentada como información noticiosa o periodística; los artículos 41 y 134, párrafos séptimo y octavo, prevén medidas relativas al límite del financiamiento de partidos políticos, al acceso a prerrogativas de radio y televisión, a las prohibiciones de contratación de tiempos en radio y televisión, de difundir propaganda gubernamental personalizada o al uso de recursos públicos para incidir en las preferencias.

De ahí que, puede decirse, se trata de un principio con dos dimensiones: una positiva, que los competidores sean destinatarios de ciertas prerrogativas atendiendo a un criterio de proporcionalidad en la votación; y una negativa, la prohibición de obtener ventajas indebidas. Es también un principio con distintos efectos según la etapa electoral que se desarrolle: para acceder a candidaturas a través de procesos internos; para que los competidores desarrollen y presenten sus propuestas; y al cierre, para que el elector reflexione y emita su voto.

A este último aspecto se refería el magistrado Olimpo Nava —tomando como precedentes los SUP-RAP-3/2015 y SUP-RAP-6/2015— cuando definió el peso abstracto del principio en mención:

En este orden de ideas, el principio de igualdad o equidad en la contienda, si bien tiene como objeto mediato, la tutela del derecho de los contendientes de contar con la misma oportunidad de obtener el voto ciudadano, la finalidad última está dirigida a que la decisión que tomen los electores, se encuentre libre de influencias indebidas, como podría ser la sobre o sub exposición del electorado a determinada propaganda electoral, o bien el beneficio del Estado a determinado partido o candidato.

Dicho de otro modo, el objetivo del principio de equidad en la contienda es que los electores no se encuentren sujetos de manera indiscriminada y desproporcionada a la propaganda electoral irregular o cualquier actuación del Estado que pueda alterar el sentido de su voto²⁶³.

Dicho lo anterior es notorio que el principio de equidad en la contienda tiene una relevancia especial porque pretende modificar posiciones ventajosas entre partidos y erradicar prácticas antidemocráticas. Sin embargo, por tratarse de un principio cuya protección se encuentra sujeta a la existencia de un periodo electoral califico su peso abstracto como medio $(m) = 2$.

e) $W_{i,j}$

Una vez asignadas las magnitudes a sus variables, la fórmula queda como sigue:

$$W_{i,j} = \frac{1.4}{4.2} = \frac{4}{8} = \frac{1}{2}$$

Dado que el resultado es menor a 1, P_j tiene preferencia frente a P_i . Esto significa que la protección del principio de equidad en la contienda, contenido en la veda electoral, es preferente a la libertad de expresión de las celebridades. En consecuencia, por su violación, tanto ellos con el PVEM debieron ser sancionados.

²⁶³ Expediente SUP-REP-542/2015, pp., 87-88

Conclusiones y propuesta

La democracia y los derechos fundamentales caracterizan al estado contemporáneo. Sin embargo, entre ambos fines no hay relación necesaria y armónica, en todo caso es contingente y tensa. Lo dijo Isaiah Berlin, “la respuesta a la pregunta ¿quién me gobierna?, es lógicamente diferente a la que responde ¿hasta qué punto sufro la interferencia del gobierno?”.²⁶⁴ “Afirmar que hay una síntesis última que lo reconcilia todo [...], libertad individual y democracia pura, es tapar con metafísica lo que no es sino autoengaño o pura hipocresía”;²⁶⁵ también Norberto Bobbio, “la existencia actual de regímenes llamados liberal-democráticos, induce a creer que liberalismo y democracia son interdependientes. Por el contrario, el problema de sus relaciones es muy complejo”;²⁶⁶ y Robert Alexy: “los derechos fundamentales como la democracia son algo bueno ¿y cómo podrían entrar en conflicto dos cosas buenas? La concepción ingenua sostiene que se puede tener ambas sin límite alguno”.²⁶⁷

Reconocer lo anterior es asumir una posición pluralista, saber que no hay soluciones definitivas porque no hay jerarquía de valores ni hay fines últimos porque no hay sistemas totales. El pluralismo, dice Berlin, “es el ideal más verdadero y más humano”.²⁶⁸ Más verdadero porque reconoce que “los fines humanos son múltiples, en parte inconmensurables y están en constante conflicto”.²⁶⁹ Más humano porque no priva a los seres humanos de aquello que es indispensable para vivir: la libertad de elegir. Actuar del modo contrario —persistir en la búsqueda de un modelo racional capaz de compatibilizar todas las verdades— es afirmar que el desarrollo

²⁶⁴ Berlin Isaiah, *Dos conceptos de libertad*, Segunda edición, Ángel Rivero (trad.), España, Alianza editorial, 2014, p. 74.

²⁶⁵ *Ibidem.*, p. 140.

²⁶⁶ Bobbio Norberto, *Liberalismo y democracia*, cit., p. 7.

²⁶⁷ Alexy Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2009, Estructuras y procesos. Derecho (col.), p. 37.

²⁶⁸ Berlin Isaiah, *op. cit.*, p. 139.

²⁶⁹ *Ibidem.*, p. 140.

humano es previsible, lo que es igual a justificar la barbarie de Procusto²⁷⁰: “la vivisección de las sociedades humanas de acuerdo con un modelo inalterable dictado por nuestra concepción falible de un pasado en buena medida imaginario o de un futuro totalmente imaginado”.²⁷¹

No obstante, del hecho de que el pluralismo sea el ideal de la libertad de elegir fines, no puede concluirse que se trate de una actitud escéptica o relativista. Los valores y fines humanos son objetivos y sus conflictos sí pueden ser resueltos racionalmente. De lo que se trata entonces es de buscar el mejor modelo que ayude a sopesar y elegir.

En este trabajo se presentó un ejemplo de tensión entre la libertad de expresión y el principio de equidad en la contienda. Ambos apuntan a la consecución y enriquecimiento de la deliberación pública. En la arena legislativa esta tensión se materializa, sobre todo, en el modelo de comunicación político-electoral que prioriza la equidad en la contienda; en la arena judicial, en general, en la tendencia de la Sala Superior del TEPJF de maximizar la libertad de expresión, creando excepciones a las prohibiciones constitucionales del modelo, y, en particular, en los esfuerzos obcecados por no sancionar a las figuras públicas que emitieron propaganda en *Twitter* durante el periodo de veda electoral en los expedientes SUP-RAP-542/2015 y SUP-RAP-16/2016.

El concepto de democracia que ofrece la fracción II del artículo 3° de la CPEUM, es el de una democracia deliberativa que —si nos rehusamos a creer, como Noelle-Neumann o Lippmann, que la opinión pública sólo es resultado de miedos y prejuicios— demanda una racionalidad discursiva. “Y si la racionalidad discursiva es posible, entonces también lo es, en principio, la democracia

²⁷⁰ Un bandido de la mitología griega que ofrecía posada a los viajeros. Cuando éstos dormían los ataba a su cama de hierro. Como ninguno se adecuaba al tamaño de su cama, si eran más largos los cercenaba y si eran más cortos los estiraba. En: Ovidio, *Metamorfosis*, Consuelo Álvarez (trad.), 15ª edición, España, Cátedra, 2015, Letras universales (col.), p. 444.

²⁷¹ Berlin Isaiah, *op. cit.*, p. 139.

deliberativa”.²⁷² Y si la democracia deliberativa se institucionaliza, entonces el marco normativo que regula los procesos de formación de opinión tendría que adecuarse a las reglas del discurso práctico. Ahora bien, dado que el discurso práctico no es un ideal neutral —“expresa los principios liberales de libertad y autonomía”²⁷³—, si los participantes aceptan que las reglas están construidas para asegurarles imparcialidad, la regulación no podría considerarse como restrictiva. En todo caso, la libertad de expresión encontraría “una restricción necesaria cuando el ideal del discurso topa con una realidad en la que no puede ser llevado a cabo completamente”.²⁷⁴

Así, la conclusión general de este trabajo es que la teoría del discurso práctico general y de la argumentación jurídica —esbozadas por Robert Alexy— se empatan con una visión pluralista y la complementan. Por ello, éstas son las que mejor ayudan, por un lado, al legislador para equilibrar la regulación de los procesos de formación de opinión; por el otro, al juzgador para determinar, en caso de colisiones, qué principio debe prevalecer sobre otro, y legitimar así sus decisiones. Finalizo enunciando las conclusiones de cada capítulo que soportan la afirmación anterior y ofrezco una propuesta que intenta esbozarla.

Capítulo uno

1.- Las teorías de la opinión pública arrojan elementos que no son considerados tanto en la legislación como en la interpretación judicial del modelo de comunicación política.

a) Elisabeth Noelle-Neumann y Walter Lippmann dicen que, desde la psicología, las decisiones políticas de los ciudadanos obedecen más al miedo o a los prejuicios. Por tanto, de lo que se trata es de encontrar la forma de contrarrestar estas expresiones y que el mayor número de opiniones sean lo más racionalmente posibles.

²⁷² Robert Alexy, *La construcción...*, cit., p. 86

²⁷³ *Ibidem.*, p. 77.

²⁷⁴ *Ibidem.*, p. 87.

b) Giovanni Sartori dice que el proceso de formación de opiniones sí puede ser racional pero que requiere tres condiciones.

La primera es que exista competencia en los medios de comunicación; sin embargo, su efectividad, dadas las peculiaridades de la televisión, es limitada: a diferencia de otros mercados, en la radiodifusión los consumidores no son los espectadores sino las agencias de publicidad que buscan siempre las mayores audiencias y no los mejores contenidos. Otra razón es que la televisión no puede escapar de la subinformación, desinformación y del entretenimiento. De ahí que el peso de la comunicación política no debe dedicar toda su atención en este medio.

La segunda es que exista calidad en la información, la misión recae en la ética de los periodistas y la libertad con la que trabajen.

La tercera es que exista un sistema educativo no adoctrinante, la cuestión es determinar qué tipo de herramientas cognitivas son las idóneas para que los estudiantes sepan cómo decodificar y procesar la información que reciben.

Por último, si bien la televisión y la radio cada día pierden fuerza frente al internet, también lo es que los ciudadanos estamos ya condicionados por la televisión para preferir aquellos formatos que entretienen y no exigen ejercicio de abstracción. Ejemplo de ello son los memes y las *fake news*, cuyos motivos son la agresión, el error y el sensacionalismo.

c) Irving Crespi señala que el flujo en el proceso de formación de opiniones no es unidireccional, es integral y tendría que asemejar un diálogo. En todo caso, se debe poner atención no en la manipulación de uno u otro actor, sino cómo se construyen redes de comunicación que vengan de la base, cómo adquieren fuerza y cómo son aceptadas y materializadas por el gobierno.

2.- El legislador ve la formación de la opinión pública no como un proceso integral sino como un flujo unidireccional que va de arriba abajo y dedica la mayor parte de su atención a los medios de comunicación masiva, que son vistos como todopoderosos que manipulan a su antojo. La comunicación política se identifica con la regulación de la propaganda. La elección del *spot* como formato preponderante de comunicación sólo encuentra límites en la calumnia y no en el aspecto informativo u orientador, lo que provoca que su contenido sea, en esencia, emotivo y sensacionalista, y, por tanto, más cercano a los miedos y a los prejuicios.²⁷⁵ Los lineamientos generales para el monitoreo y el tratamiento de la información por parte de los medios ponen énfasis en criterios cuantitativos y no cualitativos. Las audiencias-electores son vistas como meros receptores.

3.- El juzgador ve la formación de la opinión pública también como flujo unidireccional, sólo que en dirección contraria, de abajo arriba. Las audiencias-electores continúan siendo agentes pasivos con la salvedad de que, entre mayor información reciban, sin importar cuál sea, se presume que más auténticas serán sus decisiones; de ahí que se dé mayor libertad de expresión a los medios de comunicación, las figuras públicas, los partidos políticos y sus candidatos.

4.- Una regulación de la opinión pública debe considerar que ésta depende de los grados de información, grados de conocimiento, grados de libertad y de una interacción efectiva entre los participantes.

Capítulo dos

²⁷⁵ El *spot*, además, tiene en contra la “masificación, unidireccionalidad, brevedad, espectacularidad, predominio de la imagen, elaboración de frases de identificación o eslóganes, producción de una realidad virtual, se conecta con las fantasías y aspiraciones simbólicas del televidente”, en Villamil Jenaro, *La televisión que nos gobierna*, México, Grijalbo, 2005, Actualidad (col.), p. 181.

1.- Las llamadas “teorías de la argumentación estándar” integran las tres concepciones tradicionales de la argumentación. Distinguen entre el carácter descriptivo y el carácter justificativo de la decisión judicial, dando más peso a éste último.

2.- En su prefacio a la *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy sostiene que de lograr una argumentación racional depende no sólo el carácter científico del derecho sino también la legitimidad de las decisiones judiciales.

3.- Sobre la base de la filosofía del lenguaje y de la ética discursiva, Alexy muestra que sí es posible fundamentar racionalmente los enunciados prácticos.

4.- La teoría del discurso práctico y de la argumentación jurídica son teorías procedimentales. Si sus reglas se siguen el resultado es correcto.

5.- La fundamentación de las reglas del discurso descansa en los principios de libertad, universalidad y autonomía.

6.- El hecho de seguir las reglas no significa que se llegue siempre a una única respuesta correcta, la racionalidad de la propuesta descansa en eliminar el mayor número posible de respuestas irracionales.

7.- Determinar un jerarquía entre principios es imposible, pues requeriría un catálogo que contara con la aprobación de todos y que previera todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. De ahí que la construcción de los principios como mandatos de optimización se empate con la idea del pluralismo. El grado de su aplicación depende de obstáculos fácticos y jurídicos.

8.- La racionalidad de la ley de la ponderación y de la fórmula del peso está en que indica cuáles son los elementos, concretos y abstractos, que deben ser

argumentados. La formulación matemática es más bien un caso de uso metafórico con fines instructivos.

Capítulo tres

1.- Según los testimonios de algunas celebridades que participaron en la difusión de mensajes durante el periodo de veda electoral, la estrategia de propaganda encubierta del PVEM costó un estimado de veinte millones de pesos. Dinero que no fue fiscalizado.

2.- Con el firme propósito de no sancionar a las figuras públicas, la Sala Superior comete incoherencias y contradicciones graves:

- a) Acepta que hay un reclamo por la violación al principio de equidad de la contienda, pero lo desincorpora de su estudio de fondo.
- b) Desatiende jurisprudencias, de la propia Sala Superior y de la SCJN.
- c) Exige elementos adicionales al tipo administrativo de la veda electoral: la calidad personal de “simpatizante”.
- d) Define “simpatizante” según los estatutos que ofrece el propio partido denunciado, y no a la luz de marco jurídico, de una interpretación teleológica, sistemática o pragmática.
- e) Fija el precedente de que un “simpatizante” es igual a un militante, debe estar registrado ante un partido político y debe demostrarse que mantuvo una expresión y colaboración reiterada de su afinidad.
- f) Reconoce que las figuras suelen ser utilizadas por los partidos políticos en estrategias propagandísticas y, por tanto, su grado de responsabilidad es

mayor; que la libertad de expresión en internet sí puede ser restringida si se acredita existencia de propaganda; que el elemento esencial para determinar la propaganda es la intención del mensaje para posicionar un candidato o partido.

- g) Del análisis de los mensajes, concluyó que éstos sí constituyeron propaganda favor del PVEM y que ésta sí afectó a la equidad de la contienda. No sanciona al partido ni a las figuras públicas, a éstas porque no son “simpatizantes” y, en consecuencia, sus expresiones se presumen auténticas y abonan al debate público: la propaganda encubierta abona al debate público.

3.- Esta postura de maximizar la libertad de expresión de las celebridades —si dejamos fuera especulaciones sobre corrupción o miedo a los concesionarios— sólo puede ser explicada por la adopción del garantismo como metodología de estudio frente a casos difíciles.

4.- El problema del garantismo es que es un teoría monista: ofrece una visión que intenta armonizar la democracia y los derechos fundamentales, suponiendo una jerarquía entre ambas. Las normas formales, que garantizan la voluntad popular “son, en suma, reglas que presiden la esfera de decidable, encuentran límites y vínculos insuperables en la esfera de la indecible, determinada por las normas sustanciales sobre derechos fundamentales”.²⁷⁶ El paradigma del garantismo se plantea sobre estas dos dimensiones donde las reglas formales de producción son secundarias y sirven sólo legitimar las decisiones públicas y los derechos de libertad “son primarios, sustanciales o finales, sirven para legitimar las sentencias judiciales”.²⁷⁷ La naturaleza rígida de los derechos fundamentales “admite sólo su aplicación y nunca su restricción y mucho menos su supresión”.²⁷⁸

²⁷⁶ Ferrajoli Luigi, *Paradigmas de la democracia constitucional*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Rosario, 2009, p. 39.

²⁷⁷ *Ibidem.*, p. 40.

²⁷⁸ *Ibidem.*, p. 42.

5.- El ejercicio de ponderación mostró que, dadas las circunstancias del caso concreto, la intensidad de la interferencia en la libertad de expresión era mínima, no resultaba inhibitoria ni empobrecía el debate público, y, en cambio, dado el historial de violaciones sistemáticas del PVEM, la importancia de satisfacer la equidad en la contienda era alta.

Propuesta

Para permitir que todos los actores participen de manera efectiva en el discurso político —y éste no sea sólo sea un flujo unidireccional emisor-receptor—, justifiquen y soporten sus afirmaciones, expresen sus necesidades y las problematicen, con sinceridad y sin coacción:

1.- Reformar el modelo de comunicación político-electoral en la LEGIPE y en la CPEUM:

- a) La distribución total de los tiempos en radio y televisión —no sólo el 30%— debe ser de manera equitativa. El 70% de la distribución se guía por el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el hecho de que un partido político tenga mayor fuerza electoral sólo significa que, en un determinado periodo, contó con un fuerte respaldo de la población, pero esto no guarda ninguna relación con alcanzar el objetivo de la deliberación. Por el contrario, hace pensar que un partido político, por el hecho de ser fuerte una vez, lo será en todo momento, pues lo coloca en una posición preponderante y ventajosa para dirigir el debate siguiente; con ello disminuye la voz de partidos pequeños, nuevos o candidatos independientes que, aunque en una etapa previa no contaron con apoyo, sí pueden obtenerlo después.
- b) La distribución total de los tiempos —además de asignarse a partidos políticos y candidatos independientes— debe incluir a la sociedad civil organizada, para que ésta tenga la oportunidad de llamar la atención y

posicionar sobre la agenda pública sus inquietudes, críticas y propuestas. Del 100% de los tiempos, podría, por ejemplo, asignárseles entre el 10% y el 15%. El INE determinaría los lineamientos que deban cumplir las organizaciones civiles para, por un lado, ser candidatos a recibir la prerrogativa y, por otro, delimitar el contenido de sus mensajes. En ambos casos los criterios que podrían considerarse serían la pluralidad, trayectoria, antigüedad, objetividad, relevancia. En ningún caso los mensajes deben contener agresiones o descalificaciones personales.

- c) Dado que todos los actores interesados pueden participar en el debate público, debe eliminarse la prohibición de que los particulares contraten tiempo en radio y televisión. No obstante, el contenido de sus mensajes no será propagandístico, debe limitarse a exponer propuestas o inquietudes propias de su ramo o actividad económica. Entre todos, sólo tendrán permitido contratar un porcentaje igual y nunca mayor al que corresponda a la sociedad civil organizada. El INE también sería también el responsable de emitir los lineamientos correspondientes.
- d) Los periodos de precampaña están dirigidos únicamente a militantes y simpatizantes de los partidos políticos, de ahí que no deban contar con la prerrogativa para acceder a tiempos de radio y televisión, pues su difusión rebase ese alcance. En todo caso, si no hay procesos internos en los partidos políticos para la selección de sus candidatos, éstos tienen que perder su prerrogativa.
- e) Además de evitar la calumnia, el contenido de la propaganda electoral debe restringirse estrictamente para fines informativos sobre las propuestas de sus plataformas o críticas objetivas hacia sus adversarios. Los datos que utilicen deben mostrar las fuentes que los soportan.

- f) El *spot* debe dejar de ser el formato preponderante en la comunicación política. Puede optarse, como en legislaciones anteriores, por formatos de mayor duración que posibiliten el mejor desarrollo de ideas, más debates.
- g) Buscar regular que los medios de comunicación informen con objetividad es un despropósito y no podría realizarse sin infringir seriamente la libertad de expresión. Lo que puede exigírseles sí, es sinceridad. Si y sólo si hay una mención expresa —en contenidos informativos, editoriales o de opinión— del apoyo que guarda el medio o el comentarista hacia algún partido o candidato ésta no debe ser considerada propaganda. Las audiencias no son tontas. Lo cual no implica que no pueda sancionarse la simulación.
- h) Exigir sinceridad, no obstante, no significa abandonar la exigencia de la calidad informativa.

El monitoreo informativo es una facultad del INE que surgió como un instrumento de control y vigilancia ciudadana²⁷⁹ y ahí es donde debe regresar. El INE mide la calidad de la información con criterios cuantitativos: número de menciones, de notas, de tiempo destinado a qué partido y qué candidato; y, pese a tener la obligación de difundir sus resultados en radio y televisión, no lo hace. De lo que se trata es de que la sociedad civil organizada sea la responsable de realizar los monitoreos pero sobre criterios cualitativos: actualidad, proximidad, impacto, relevancia, estilo, énfasis. Además, pueden servirse de los tiempos que obtengan como prerrogativa para difundir sus estudios.

Los lineamientos para el tratamiento de la información que emite el INE deben orientarse por una visión menos laxa del periodismo. Algunas sugerencias serían, como se mencionó líneas arriba, sinceridad, apego a

²⁷⁹ Aceves González Francisco de Jesús, "Monitoreo de medios en México. Emergencia, institucionalización, perspectiva", en Raúl Trejo Delarbre (coord.), *Medios de comunicación y elecciones en los estados*, México, Instituto Federal Electoral-AMEDI, 2012, pp- 99-127.

criterios cualitativos, y priorizar el periodismo de investigación²⁸⁰, no sólo centrar la atención en los boletines, declaraciones, ruedas de prensa o descalificaciones.

- i) El caso de *Cambridge Analytica* enseñó que los usuarios de redes sociales y, en general, de internet, son productos, no clientes. Si bien las empresas digitales pueden tener nuestra información para fines comerciales, no debe ser así para fines políticos. La regulación del internet para la propaganda es urgente. Ello no significa una prohibición de contratación, implica, más bien, una prohibición para que empresas como *Facebook*, *Twitter* u otras, no puedan transferir ni vender la información de sus usuarios, ni utilicen sus bases de datos para la venta de publicidad personalizada o sectorizada con fines electorales. En Estados Unidos, por ejemplo, “el senador Mark Warner mencionó la necesidad de que el Congreso mejore los controles de recaudación de datos y de una ley para regular la publicidad política en internet”.²⁸¹

2.- Otros pendientes:

- a) En materia de comunicación social, el IFETEL, por su grado de especialidad y por no estar supeditado al poder ejecutivo como lo es la Secretaría de Gobernación, debe tener la facultad de administrar los tiempos oficiales — fiscales y del estado—. El Insitituto calificará las campañas y estrategias de comunicación social, y autorizará sólo aquellas con fines informativos u orientadores, excluyendo todo contenido que prefigure propaganda o sea utilizado con fines de promoción personalizada.

²⁸⁰ Green Charles H., “Cubriendo campañas”, en Beatriz Solis Leree, *Medios de comunicación y procesos electorales. Un compromiso para el futuro*, México, Cámara de Diputados-AMEDI-UAM, 2000, pp. 123-136.

²⁸¹ García Fernández Aníbal, “Cambridge Analytica, el big data y su influencia en las elecciones”, 27 de marzo de 2018, CELAG, en: https://www.celag.org/cambridge-analytica-el-big-data-y-su-influencia-en-las-elecciones/#_ftn2

El gasto de las dependencias en comunicación social sólo se autorizará en materias de seguridad, salud, educación, protección civil, protección al consumidor, orientación fiscal, legal y acceso a la justicia. Los topes de gastos de comunicación social de las dependencias, así como los criterios que deban cumplir los medios de comunicación que sean candidatos para recibir recursos deben quedar establecidos en ley. En todo caso, se debe priorizar la asignación de gasto a los concesionarios de uso público y social y a medios impresos o electrónicos. Las tarifas que ofrezcan los concesionarios de uso comercial para propaganda gubernamental deberán ser enviadas al IFETEL para que éste funja como intermediario y, en ningún caso, las tarifas podrán ser mayores a las que ofrecen para publicidad comercial.

Los informes de labores se deben encontrar comprendidos dentro de los tiempos oficiales a cargo del poder legislativo, ejecutivo y judicial. Es decir, queda prohibido el gasto para dichos fines.

- b) Sólo para los casos en materia del derecho de réplica, en el supuesto de que un medio de comunicación sea omiso o se ehúse a atender la petición, los medios de comunicación podrían ser considerados como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo. Esto trae la ventaja de que —con la reforma constitucional de 2011 a la fracción X del artículo 107— se replanteó el concepto tradicional de la suspensión al añadir un requisito adicional a su estudio: el deber de realizar un análisis ponderado entre la apariencia del bien derecho, el peligro de la demora y el interés social. Ahora la suspensión, al corresponderse con la naturaleza de las medidas cautelares, permite al afectado mantener el goce del derecho que aparentemente le asiste mientras se resuelve el juicio, sin que esto sea considerado como un efecto restitutorio.

Una suspensión así en derecho de réplica tendría el efecto de obligar al medio a realizar una aclaración sobre la posibilidad del error en su información; mientras que el efecto del amparo podría consistir en otorgar al afectado de un espacio para que desarrolle sus aclaraciones. O bien, que dentro de procedimiento que prevé la *Ley del Derecho de Réplica* se incluyera como medida cautelar —si a simple vista el juez se percata de que hay elementos suficientes que sugieran una violación— una aclaración por parte del medio o del afectado; y, el fondo del asunto, consistiría en determinar sanciones de uno u otro. Ambas propuestas buscan sortear una larga judicialización a favor de un diálogo oportuno.

- c) Los medios públicos no deben equivalerse a medios del gobierno.²⁸² Es decir, la mayoría de ellos deben desincorporarse del poder ejecutivo y ser dirigidos por ciudadanos.

Los medios públicos deben construir audiencias y para eso debe prescindir de la erudición. Aunque con justa razón, académicos e intelectuales han pretendido hacer de la televisión pública un proyecto que contrarreste la frivolidad, ya como un refugio de la alta cultura o bien con una misión teórica dirigida a educar y construir ciudadanía, lo cierto es que estas ideas terminan mordiéndose la cola e ignoran que precisamente la manera de producir contenidos en la televisión comercial podía ser un punto a su favor. Como vimos con Sartori, si la televisión sólo exige pasividad y su fuerza radica en la imagen no hay lugar en ella para interpelar al espectador sobre “altas” cuestiones. La televisión es entretenimiento y si esto se tiene claro sólo entonces podemos pensar en cómo generar contenidos de calidad.²⁸³ Con lo anterior, no digo que sea imposible educar o construir ciudadanía desde la televisión, digo que no lo es de la manera en que se intenta.

²⁸² Villanueva Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006, p. 329.

²⁸³ Rincón Omar, “Hacia una televisión pública experimental y gozosa”, *Televisión pública: del consumidor al ciudadano*, Argentina, La Crujía ediciones, 2005, Categorías (col.), pp. 264-165.

En México la televisión pública tiene un gran referente en el *Canal Once*. Su programación apuesta por la creatividad, el entretenimiento y abarca a todas las audiencias con contenidos de calidad. Al día de hoy es una televisión le compite de tú a tú a la televisión comercial. Lo mismo podría decirse de la BBC.

Para obtener la libertad para experimentar con otros formatos —series, documentales, coberturas—, es indispensable modificar la *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión* en cuanto al régimen de financiamiento de los concesionarios de uso público y social, permitirles la venta de espacios publicitarios y no sólo patrocinios y donativos.

d) Debe devolverse al IFETEL su facultad reglamentaria en materia de derechos de las audiencias. Los *Lineamientos Generales sobre la Defensa de las Audiencias*, publicados el 21 de diciembre de 2016 en el DOF y descritos en el capítulo uno, establecían los criterios mínimos en este sentido. Pensar que con ellos se vulnera la libertad de expresión de comunicadores y medios de comunicación es igual a pensar que las audiencias son meros receptores.

e) En materia judicial:

Establecer en la constitución que el cargo de magistrado de Sala Superior del TEPJF es el último peldaño dentro del poder judicial. Es decir, que no pueden ser ya candidatos a ministros de la SCJN. Ello reduciría la probabilidad de que sus decisiones obedezcan a intereses políticos.

Dentro de la normativa electoral, incluir a la ponderación como una regla formal de interpretación; así como priorizar la interpretación pragmática y funcional.

Una interpretación democrática de la constitución no es, como dice Santiago Nieto, aquella que “asuma que la democracia y los derechos fundamentales son un binomio indivisible”.²⁸⁴ Por lo general, siempre que se alega la violación de un derecho fundamental es porque existe otra norma que intenta restringirlo o acotarlo y esa otra norma, también es una constante, suele ser depositaria de un derecho u otro fin constitucionalmente válido. De ahí que la ponderación sea el instrumento idóneo para resolver ese tipo de conflictos. No obstante, esto no es suficiente para dotar las decisiones judiciales de legitimidad democrática. El juez, al momento de interpretar o ponderar, debe, por un lado, ponerse en los pies del ciudadano: “pretender que si éstos entraran a tomar parte en el discurso jurídico-constitucional racional, también ellos aprobarían los argumentos del tribunal”.²⁸⁵ Y, por el otro, como propone Stephen Breyer, no perder de vista “las consecuencias a largo plazo que se relacionan con el objeto de la norma, las competencias y relaciones institucionales [...], cómo afectan la vida pública y el sistema normativo”.²⁸⁶

²⁸⁴ Nieto Castillo Santiago, *Interpretación y argumentación jurídica en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, IIJ-UNAM, 2005, Serie Doctrina Jurídica no. 255, p. 292.

²⁸⁵ Robert Alexy, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁶ Breyer Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 2017, Obras de derecho y política (col.), pp. 142-143.

Fuentes de consulta

a. Bibliografía

- ACEVES GONZÁLEZ Francisco de Jesús, "Monitoreo de medios en México. Emergencia, institucionalización, perspectiva", en Raúl Trejo Delarbre (coord.), *Medios de comunicación y elecciones en los estados*, México, Instituto Federal Electoral-AMEDI, 2012.
- ALEX Y Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Segunda edición, Carlos Bernal Pulido (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, El Derecho y la Justicia (col.).
- , "Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2009, Estructuras y procesos. Derecho (col.).
- , *La construcción de los derechos fundamentales*, Laura Clérico y Jan Sieckmann (trads.), Buenos Aires, AD-HOC, 2010, Derecho Estado y Sociedad (col.), no. 6.
- , "Derechos fundamentales y proporcionalidad", en Laura Clérico y Jan Sieckmann (coords.), *Internalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Argentina, Universidad de Buenos Aires-Fundación Alexander Von Humboldt, 2012.
- , "La fórmula del peso", en Miguel Carbonell (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Cuarta edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Porrúa, 2014, Serie Doctrina Jurídica No. 599.
- , *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Segunda edición, Manuel Atienza e Isabel Espejo (trads.), Lima, Palestra Editores, 2015, Derecho y Argumentación (col.).
- , *Derecho y Razón Práctica*, Segunda edición, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2017, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Político (col.).
- ATIENZA Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012, col. Derecho
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, Serie Doctrina Jurídica no. 134.
- BERLIN Isaiah, *Dos conceptos de libertad*, Segunda edición, Ángel Rivero (trad.), España, Alianza editorial, 2014.

- BOBBIO Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 12a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Editorial Fontamara, 2012, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política (col.).
- , *Liberalismo y democracia*, Segunda edición, José F. Fernández Santillán (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 2012, Breviarios (col.), No. 476.
- BREYER Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 2017, Obras de derecho y política (col.).
- CANEL María José, *Comunicación política. Una guía para su estudio y práctica*, Segunda edición, Madrid, Tecnos, 2006, Serie Biblioteca Universitaria.
- CÁRDENAS GRACIA Jaime, *La crisis electoral del sistema mexicano. A propósito del proceso electoral 2012*, Serie Estudios Jurídica No. 242, IJJ-UNAM, México, 2014
- , *La argumentación como derecho*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, Serie Doctrina Jurídica no. 210.
- CASTILLO SANDOVAL Jesús, “Propaganda prohibida sancionable vs propaganda prohibida que no es posible ser sancionada”, en *Estudios de Derecho Electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Jorge Fernández Ruiz (coord.), México, UNAM, 2011.
- CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro, “El fenómeno del Partido Verde Ecologista de México: el resurgimiento de la política sobre el derecho”, en Saúl López Noriega (coord.), *La (in)justicia electoral a examen*, México, IJJ, UNAM-CIDE, 2016, Serie Doctrina Jurídica No. 297.
- CRESPI Irving, *El proceso de opinión pública. Cómo habla la gente*, María Gómez y Patiño (trad.), Barcelona, Ariel, 2000, Comunicación (col.).
- ECO Umberto, *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*, Alberto Clavería Ibáñez (trad.), España, Editorial Gedisa, 1994.
- ESPINO SÁNCHEZ Germán, *La República del escándalo. Política espectáculo, campaña negativa*, México, Fontamara, 2009, Argumentos (col.), No. 90.
- FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3a. ed., Perfecto Andrés Ibáñez et al. (trads.), Madrid, Editorial Trotta, 1998, col. Estructuras y procesos.
- , *Paradigmas de la democracia constitucional*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Rosario, 2009.

- GARCÍA Mahamut Rosario, *Modelos de comunicación política: el caso de España*, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, 2016, Conferencias Magistrales, temas de democracia (col.), No. 22.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Teoría general del garantismo”, en Carbonell, Miguel, Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, 2nda edición, México, Trotta-IIJ-UNAM, 2009, col. Estructuras y Proceso.
- GILAS Karolina M., *Sistema de comunicación política a partir de la reforma de 2014*, Temas selectos de derecho electoral (col.), No. 54, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016.
- GREEN Charles H., “Cubriendo campañas”, en Beatriz Solis Leree, *Medios de comunicación y procesos electorales. Un compromiso para el futuro*, México, Cámara de Diputados-AMEDI-UAM, 2000.
- GUASTINI Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Silvina Álvarez Medina (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, El Derecho y la Justicia (col.).
- KAPUSCINSKI Ryszard, *Los cínicos no sirven para este oficio. Sobre el buen periodismo*, Xavier González Rovira (trad.), Barcelona, Anagrama, 2002, Compactos (col.).
- KELSEN Hans, *Teoría pura del Derecho*, 16a ed., Roberto J. Vernengo (trad.), México, Porrúa, 2011.
- LUNA PLA Issa, “Publicidad electoral de los partidos políticos en radio y televisión”, en *Nuevos escenarios del derechos electoral: los retos de la reforma de 2007-2008*, John M. Ackerman (coord.), Serie Doctrina Jurídica No. 498, IJ-UNAM, México, 2009.
- , “La incoherencia de la libertad de expresión (electoral) en México”, en López Noriega Saúl (coord.), *La (in)justicia electoral a examen*, México, IJ-UNAM-CIDE, 2016, Serie Doctrina Jurídica No. 297.
- NACIF Benito, “Valoración de la prueba: la doctrina de la adquisición de tiempos en radio y televisión”, en Icaza Gerardo y Macedo Aidé B. (coords.), *Estándares internacionales de justicia electoral*, México, Tribunal Electoral del Distrito Federal, 2014.
- NAVA TOVAR Alejandro, *La institucionalización dela razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana-Anthropos, Autores, textos y temas (col.), Filosofía 88, 2015.

- NIETO CASTILLO Santiago, *Interpretación y argumentación jurídica en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, IJ-UNAM, 2005, Serie Doctrina Jurídica no. 255.
- NOELLE-NEUMANN Elisabeth, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Francisco Javier Ruiz Calderón (trad.), Barcelona, Paidós, 2010, Comunicación (col.).
- OVIDIO, *Metamorfosis*, Consuelo Álvarez (trad.), 15ª edición, España, Cátedra, 2015, Letras universales (col.).
- PERELMAN Chaïm y Olbrechts-Tyteca L., *Teoría de la argumentación. La Nueva Retórica*, Julia Sevilla Muñoz (trad.), Madrid, Editorial Gredos, 1989, Biblioteca Románica Hispánica, III. Manuales 69.
- RINCÓN Omar, “Hacia una televisión pública experimental y gozosa”, *Televisión pública: del consumidor al ciudadano*, Argentina, La Crujía ediciones, 2005, Categorías (col.).
- TOULMIN Stephen, *et. al., Una introducción al razonamiento*, Lima, Palestra Editores, 2018, Col. Derecho y Argumentación.
- SÁNCHEZ RUIZ Enrique E., “Poderes fácticos y gobernabilidad autoritaria. La ‘Ley Televisa’ como estudio de caso”, en Esteinou Madrid, Javier, Alba de la Selva, Alma Rosa (coords.), *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, col. Teoría y Análisis.
- SARTORI Giovanni, *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Santiago Sánchez González (trad.), Madrid, Alianza Editorial, 1988, Ciencias Sociales (col.).
- , *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Ana Díaz Soler (trad.), México, Punto de Lectura, 2005.
- VEGA REÑÓN Luis, *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*, Segunda edición, Barcelona, Montesinos, 2007, Biblioteca de divulgación temática 76
- , *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Lima, Palestra Editores, 2015, Derecho y Argumentación (col.) No. 4
- VILLAFRANCO ROBLES Citlali, “La interpretación del modelo de comunicación política durante el proceso electoral de 2012”, en Medina Torres Luis Eduardo (coord.), *Entre la libertad de expresión y el derecho a la información: las elecciones de 2012 en México*, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2013, Serie investigaciones jurídicas y político-electorales.

- VILLAMIL Jenaro, “Ley Televisa. Crónica de una imposición, en Esteinou Madrid, Javier, Alba de la Selva, Alma Rosa (coords.), *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, col. Teoría y Análisis.
- , *La televisión que nos gobierna*, México, Grijalbo, 2005, Actualidad (col.).
- , *Peña Nieto: el gran montaje*, México, Grijalbo, 2012.
- VILLANUEVA Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006.
- VIEHWEG Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Díez Picazo L. (trad.), Madrid, Taurus, 1964
- WOLTON Dominique, “La comunicación política, construcción de un modelo”, María Renta Segura (trad.), en Ferry Jean Marc *et. al.* (coords.), *El nuevo espacio público*, Segunda edición, Barcelona, Gedisa, 1998, Serie El mamífero parlante.
- ZAVALA ARREDONDO Marco Antonio, “El procedimiento especial sancionador. Balance de su implementación y propuestas para su perfeccionamiento”, en Luna Ramos José Alejandro (coord.), *Sistema de Justicia Electoral Mexicano*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2011.

b. Hemerografía y fuentes digitales

- ALCOCER V. Jorge, “PVEM, Partido canalla”, *Diario Reforma*, 26 de abril de 2015.
- BERMEJO LUQUE Lilián, “La distinción aristotélica entre Lógica, Dialéctica y Retórica y su lugar en la Teoría de la Argumentación”, *Cogency*, Chile, Vol. 1, No. 2, Summer 2009, pp. 27-48.
- CALLEJA Aleida, “¿Quién debe regular los derechos del público?”, *Revista Zócalo*, Marzo 2017, No. 205, pp. 13-14.
- DELGADO Álvaro, “Los rufianes del partido verde”, *Proceso*, 23 de febrero de 2015, <http://hemeroteca.proceso.com.mx/?p=396759>.
- DRESSER Denise, “PVEM: partido muleta”, *Diario Reforma*, 23 de febrero de 2015.
- GARCÍA FERNÁNDEZ Aníbal, “Cambridge Analytica, el big data y su influencia en las elecciones”, 27 de marzo de 2018, CELAG, en: https://www.celag.org/cambridge-analytica-el-big-data-y-su-influencia-en-las-elecciones/#_ftn2

GRANVILLE Kevin, "Facebook and Cambridge Analytica: What You Need to Know as Fallout Widens", *The New York Times*, 19 de marzo de 2018, en: <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html?ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article>

IBARRA Alejandro, "Democracia de cupones: el caso del Partido Verde", Blog de la Redacción, *Nexos*, 18 de mayo de 2015, <https://redaccion.nexos.com.mx/?p=7004>

LOAEZA Soledad, "La insolencia del Partido Verde", *La Jornada*, 07 de mayo de 2015.

REDACCIÓN, "Receta para preparar telebancada al gusto", *Proceso*, 07 de julio de 2009, <https://www.proceso.com.mx/116756/receta-para-preparar-telebancadas-al-gusto-2>

REDACCIÓN, "Agencias ofrecieron dinero por tuits del Verde, revelan Jean Duverger e Inés Saiz", *Sinembargo*, 09 de junio de 2018, <http://www.sinembargo.mx/09-06-2015/1373626>

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ Jesús, "Verde que te detesto verde", *Diario Reforma*, 13 de abril de 2015.

TUCKMAN JO, "Computer files link TV dirty tricks to favourite for Mexico presidency", *The Guardian*, 07 de junio de 2012, <https://www.theguardian.com/world/2012/jun/07/mexico-presidency-tv-dirty-tricks>.

c. Sentencias

c.1. Sala Regional Especializada del TEPJF

SRE-PSC-5/2014; SRE-PSC-14/2015; SRE-PSC-251/2015; SRE-PSC-11/2016.

c.2. Sala Superior del TEPJF

SUP-RAP-220/2009; SUP-RAP-234/2009; SUP-RAP-242/2009; SUP-RAP-7/2011; SUP-RAP-22/2011; SUP-RAP-589/2011; SUP-RAP-18/2012; SUP-RAP-78/2012; SUP-JIN-359/2012; SUP-RAP-33/2013; SUP-RAP-141/2013; SUP-REP-3/2015; SUP-REP-57/2015; SUP-REP-112/2015; SUP-REP-120/2015; SUP-REP-134/2015; SUP-REP-152/2015; SUP-REP-175/2015; SUP-REP-334/2015; SUP-REP-432/2015; SUP-REP-542/2015; SUP-REP-16/2016; SUP-JRC-168/2016.

c.3. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Acción de Inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 Y 65/2008.

d. Tesis y jurisprudencias

d.1. TEPJF

Tesis 12/2001. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 5, Año 2002, página 98, rubro: MILITANTE O AFILIADO PARTIDISTA. CONCEPTO.

Jurisprudencia 11/2008, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 2, Número 3, 2009, pp. 20-21: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO.

Jurisprudencia 4/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 6, 2010, páginas 31 y 32, rubro: PROPAGANDA POLÍTICO ELECTORAL. SU EXCLUSIÓN DE LOS MENSAJES COMERCIALES O PROGRAMAS TRANSMITIDOS POR RADIO Y TELEVISIÓN NO CONSTITUYE CENSURA.

Jurisprudencia 17/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Año 6, Número 6, 2010, páginas 33 y 34, rubro: RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS POR ACTOS DE TERCEROS. CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR PARA DESLINDARSE.

Jurisprudencia 29/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 7, 2010, páginas 38 y 39, rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. LA AUTÉNTICA LABOR DE INFORMAR NO CONTRAVIENE LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR O CONTRATAR TIEMPO.

Jurisprudencia 37/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 7, 2010, páginas 31 y 32, rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. COMPRENDE LA

DIFUSIÓN QUE SE REALIZA EN EL CONTEXTO DE UNA CAMPAÑA COMICIAL CUANDO CONTIENE ELEMENTOS QUE REVELAN LA INTENCIÓN DE PROMOVER UNA CANDIDATURA O UN PARTIDO POLÍTICO ANTE LA CIUDADANÍA.

Jurisprudencia 17/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 8, Número 17, 2015, páginas 42 y 43, rubro: RADIO Y TELEVISIÓN. PARA ACREDITAR LA ADQUISICIÓN DE TIEMPO ES INNECESARIO DEMOSTRAR SU CONTRATACIÓN.

Jurisprudencia 17/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 18, 2016, páginas 28 y 29, rubro: INTERNET. DEBE TOMARSE EN CUENTA SUS PARTICULARIDADES PARA DETERMINAR INFRACCIONES RESPECTO DE MENSAJES EMITIDOS EN ESE MEDIO.

Jurisprudencia 19/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 18, 2016, páginas 33 y 34, rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES. ENFOQUE QUE DEBE ADOPTARSE AL ANALIZAR MEDIDAS QUE PUEDAN IMPACTARLAS

d.2. SCJN

Tesis P./J. 100/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, agosto de 2006, registro 174326: TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Tesis P./J. 25/2007, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, en mayo de 2007, registro 172479: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO.

P./J/61/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, julio de 2009, p. 1451, rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. ES VÁLIDO QUE LAS CONSTITUCIONES Y LEYES LOCALES DESARROLLEN

LOS PRINCIPIOS PREVISTOS SOBRE DICHA MATERIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

P.J./62/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, julio de 2009, p. 1449, rubro: PROPAGANDA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 129, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, NO VIOLA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS A CONTAR CON AQUÉLLA.