

Síntesis del voto concurrente del SUP-REC-594/2018 y acumulados.

Recurrente: Jorge Alcocer Villanueva y otros.
Responsable: Sala Regional Especializada.

Hechos

Resolución impugnada.

El 27 de junio, la Sala Regional Especializada impuso una amonestación pública a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C.; Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V.; Televisa, S.A. de C.V.; Televisora de Durango, S.A. de C.V.; y XEIX, S.A., por la contratación de propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía, así como a las personas morales mencionadas y a Comercializadora TIK, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., por la puesta en riesgo del interés superior de la niñez.

Recurso

Inconformes, Jorge Alcocer Villanueva, las personas morales antes citadas y el Partido Encuentro Social interpusieron recursos de reconsideración.

Resolución de la Sala Superior.

Confirmó la vulneración a la prohibición contenida en el artículo 41 constitucional por la contratación de propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía.

Revocó la resolución a efecto de que se reindividualice la sanción exclusivamente respecto de la citada infracción.

Revocó la determinación de la Sala responsable respecto a la vulneración del interés superior de la niñez.

Voto concurrente

1. Temáticas abordadas en el proyecto.

A) LA VIOLACIÓN A LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE ADQUIRIR TIEMPOS EN RADIO Y TELEVISIÓN.

Coincidió en que se vulneró el artículo 41 constitucional, por el contenido, forma de difusión y contexto en que se emitió el promocional denunciado por lo siguiente:

1. Tema, el promocional denominado “¿Y si los niños fueran candidatos?”, incluyó las frases: “quiero que el cambio en mi escuela, no se detenga” y “Piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa”.

2. Contexto, al momento en que se emitió el promocional, sólo un candidato (Andrés Manuel López Obrador) había hecho pública y patente su inconformidad respecto a la reforma educativa del gobierno saliente.

3. Temporalidad, el promocional **se transmitió** a partir del 27 de abril al 4 de mayo; es decir, **durante el periodo de campaña** que inició el 30 de marzo.

4. Medio y forma de difusión, se difundió en radio y televisión, cines, internet y redes sociales. En radio y TV, tuvo 8,100 impactos, del 27 de abril al 4 de mayo.

Lo anterior, evidencia que se trató de dar amplia difusión al promocional, lo cual es propio de la propaganda.

5. Efecto persuasivo. El promocional asume como correcta la reforma educativa, y señala que debe continuar, de tal manera que se la valora positivamente; además, invitó a elegir al candidato que apoyara la transformación educativa.

B) LA POSIBLE VULNERACIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA Y LOS NIÑOS QUE APARECEN EN LA PROPAGANDA DENUNCIADA.

Coincidió en la revocación de la sanción, porque el INE no puede dar el mismo tratamiento a la aparición de los menores de edad en la propaganda que pautan los partidos políticos y la que difunden particulares, pues dicho promocional no corresponde a dicha pauta, ni es elaborada por algún aspirante, precandidato o candidato.

Conclusión

1. Se propone una metodología que permite identificar la propaganda que, sin hacer un llamado expreso al voto, pretende influir en las preferencias electorales, por lo que, toda aquella que no se ajuste a estos criterios, se encuentra en el ámbito de la libertad de expresión compatible con la imparcialidad en la contienda electoral.

2. Se comparte la determinación de que el INE no puede aplicar dar el mismo tratamiento a la aparición de los menores de edad en la propaganda que pautan los partidos políticos y la que difunden particulares.

VOTO CONCURRENTE DE LOS MAGISTRADOS REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN Y FELIPE DE LA MATA PIZANA, EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-594/2018 Y ACUMULADOS¹

Compartimos el criterio mayoritario expresado en la sentencia del presente asunto que confirma la decisión de la Sala Regional Especializada relativa a establecer que el promocional elaborado por Mexicanos Primero Visión 2030, A.C. y transmitido en radio y televisión, identificado como “¿Y si los niños fueran candidatos?” viola la prohibición de contratar o adquirir propaganda en radio y televisión dirigida a “influir en las preferencias electorales de los ciudadanos” contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero de la Constitución general.

También coincidimos con la revocación de la sanción de amonestación pública impuesta a las personas morales Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., como empresa productora de la propaganda, a Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., como intermediaria contratada por la primera para pautar el promocional en radio y televisión, así como a las televisoras y radiodifusoras que lo difundieron, por las razones expresadas en el presente voto.

Finalmente, por lo que hace a la infracción consistente en la vulneración de los derechos de los niños y la niña que participaron en el promocional, coincidimos en revocar la sentencia al no haber quedado acreditada la irregularidad conforme a las razones expresadas en este documento, las cuales fueron expuestas previamente al Pleno y algunas de ellas incluidas en la sentencia.

¹ Colaboraron en su elaboración Santiago J. Vázquez Camacho, Osiris Vázquez Rangel y Mauricio I. del Toro Huerta.

Por lo anterior, estimamos pertinente emitir el presente posicionamiento para ahondar en las razones por las cuales compartimos el sentido de la sentencia respecto a las siguientes dos cuestiones:

- i)* La interpretación constitucional de la prohibición de contratar o adquirir propaganda en radio y televisión dirigida a “influir en las preferencias electorales de los ciudadanos” contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución general y
- ii)* La responsabilidad de los particulares en el presente caso con motivo de la vulneración de los derechos de los niños y la niña que participaron en el promocional.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El ciudadano Jorge Alcocer Villanueva, entre otras personas, denunció a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., a Televisa, S.A. de C.V., y a quien resultara responsable por la contratación o adquisición de propaganda en radio y televisión dirigida a “influir en las preferencias electorales de los ciudadanos” con motivo de la difusión del promocional “¿Y si los niños fueran candidatos?”. Asimismo, MORENA denunció dicho promocional al estimar que afecta el interés superior de los niños y la niña que actúan en él.

En la sentencia de fondo emitida en el expediente SRE-PSC-159/2018, la Sala Regional Especializada de este tribunal tuvo por acreditadas las irregularidades denunciadas e impuso una sanción de **amonestación pública** a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., Televisa, S.A. de C.V., Televisora de Durango, S.A. de C.V. y XEIX, S.A., por la contratación de propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía.

Asimismo, impuso una sanción de **amonestación pública** a las personas morales antes mencionadas, a Comercializadora TIK, S.A. de C.V. y a

Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., por poner en riesgo del interés superior de la niñez.

Tanto las empresas sancionadas como Jorge Alcocer Villanueva y el PES promovieron recursos de revisión del procedimiento especial sancionador para que se revocara la decisión de la Sala Especializada.

Con base en las demandas, las cuestiones principales a determinar en el presente caso son si debe revocarse la sanción impuesta a los sujetos involucrados en la difusión del promocional “¿Y si los niños fueran candidatos?”, al no haberse acreditado las irregularidades denunciadas, y si quedó acreditada la infracción consistente en haberse vulnerado el interés superior de los niños y niña que participaron en el promocional conforme al marco jurídico que debe aplicarse en estos casos.

2. POSTURA MAYORITARIA

2.1. Prohibición a personas físicas y morales de contratar o adquirir propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos

La sentencia propone revocar la determinación de la Sala Regional Especializada, ya que, no obstante que la mayoría de los agravios del recurrente son infundados e inoperantes, resulta fundado el relativo a la indebida individualización de la sanción impuesta a los sujetos involucrados.

Respecto al agravio relativo a que la autoridad sancionadora debió inaplicar el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución general, la sentencia propone declararlo inoperante, ya que se estima que no puede ser objeto de control constitucional o convencional, atendiendo al principio de supremacía constitucional y a que se trata de una prohibición constitucional.

Por otra parte, se estima que la prohibición dirigida a las personas físicas o morales de contratar propaganda en radio y televisión que está dirigida a

influir en las preferencias electorales del ciudadano no debe ser flexibilizada al tratarse de una prohibición absoluta, de modo que resulta infundado el agravio que pretende que dicha norma se interprete conforme al derecho de libertad de expresión.

Con relación al contenido de la prohibición constitucional, con base en lo resuelto en los expedientes SUP-REP-131/2018 y SUP-REP-165/2018 y acumulados, se estima que, para determinar si se infringe la prohibición constitucional, basta que se adviertan elementos que permitan suponer una posible influencia en las preferencias electorales, sin que sea jurídicamente relevante o determinante la modalidad, forma o título que se emplee para su difusión.

Aplicando la prohibición al caso concreto, la mayoría concluyó que no asiste razón a los recurrentes en el sentido de que el promocional es neutro y está amparado en la libertad de expresión. Lo anterior, debido a que de los elementos objetivos del promocional se advierte que está dirigido a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos. Además, consideraron que el que la empresa haya actuado o no de buena fe o sin intencionalidad de influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, no exime su responsabilidad por haber infringido lo previsto en el artículo 41 constitucional.

2.2. Vulneración del interés superior de la niña y los niños que actúan en el promocional

Conforme a las razones que se desarrollarán y que previamente fueron expuestas al Pleno -algunas de ellas retomadas en la sentencia-, partimos de la premisa de que, en el caso de propaganda electoral pautada por personas físicas o morales distintas a los partidos políticos, candidatos, coaliciones o autoridades electorales, no les es exigible el requisito de contar con la **opinión documentada** de las niñas, niños y/o adolescentes, como concluyó la Sala Regional.

En este sentido, consideramos que, de los medios de prueba que obran en el expediente, se derivan indicios suficientes que permiten presumir que en el presente caso los niños y la niña que aparecen en el promocional fueron debidamente informados a efecto de participar en el promocional denunciado.

3. NUESTRA CONCURRENCIA

Como se adelantó, coincidimos con la posición mayoritaria en el sentido de confirmar la acreditación de la infracción consistente en la adquisición o contratación indebida de propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos por parte de Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V. y las televisoras y radiodifusoras que difundieron la propaganda, así como con la revocación de la resolución a efecto de que se reindividualice la sanción exclusivamente respecto de esta infracción.

Sin embargo, consideramos pertinente profundizar en las razones por las que coincidimos con dicha conclusión, sobre todo en cómo debe interpretarse el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero de la Constitución general.

Finalmente, se estima que la Sala Especializada no debió exigir la opinión por escrito o a través de un documento de los menores de edad que participaron en el promocional, acreditándose que los niños y la niña fueron debidamente informados a efecto de que consintieran su participación en el promocional.

3.1. El promocional se ubica en la prohibición constitucional dirigida a personas físicas y morales de contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos

3.1.1. Interpretación del artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero

Como sabemos, en 2007 el Poder Reformador de la Constitución introdujo la prohibición contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, como sigue:

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de los partidos políticos o candidatos a cargos de elección popular.

La Sala Superior ha interpretado que dicha disposición constitucional contiene **dos supuestos distintos de prohibición** a través de la **radio y la televisión**: uno relativo a la propaganda dirigida a “influir en las preferencias electorales de los ciudadanos” y otro referente a la propaganda “a favor o en contra de los partidos políticos o candidatos a cargos de elección popular”.

Esta interpretación, además de que ha sido la mayoritaria en esta Sala Superior², coincide con lo sostenido en el Dictamen de las comisiones de la

² **SUP-REP-165/2017 y acumulados**, resuelto por unanimidad de votos el 7 de febrero de 2018 y **SUP-REP-131/2018 y acumulado**, resuelto por mayoría de votos el 4 de mayo de 2018. En este último la mayoría sostuvo que “[...] se advierte que la prohibición se actualiza con la sólo existencia de propaganda política o electoral dirigida a influir en las preferencias electorales, con independencia de si existen pronunciamientos explícitos a favor o en contra de una fuerza política, ya que esto último se puede considerar una especie de la conducta prohibida”.

En mi opinión la interpretación a que se refiere el voto particular en el expediente **SUP-REP-165/2017 y acumulados** es incorrecta, ya que confundieron la conjunción disyuntiva “o” y el verbo “sea”, lo que implicaría una alternativa, con “o sea” como equivalente a “es decir”. Dicha confusión claramente se disipa de una lectura integral de lo sostenido en la sentencia. Por ejemplo, cuando se concluye en la misma que “[...] la prohibición de adquirir tiempos en radio y televisión les resulta aplicable a las agrupaciones políticas nacionales, como a cualquier otra persona, en la medida en que se trate de propaganda política o electoral dirigida a influir en las preferencias electorales”, claramente se está entendiendo a la segunda prohibición contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución general como un especie de la primera prohibición contenida en esa disposición.

Cámara de Senadores del doce de septiembre de dos mil siete, en el sentido de que la norma contiene dos prohibiciones separadas por la **conjunción disyuntiva “o”** (bajo una interpretación gramatical), de lo que se infiere que se trata de dos prohibiciones o supuestos:

[...] IX. También se eleva a rango constitucional la prohibición a terceros de contratar o difundir mensajes de radio y televisión mediante los que se pretenda influir en las preferencias de los electores, **o** beneficiar o perjudicar a cualquier partido o candidato a cargo de elección popular [...] (**Resultado de este voto**)³.

También coincide con el contenido de la infracción prevista en el artículo 447 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, donde claramente aparece la disyunción:

Artículo 447.

1. Constituyen infracciones de los ciudadanos, de los dirigentes y afiliados a partidos políticos, o en su caso **de cualquier persona física o moral**, a la presente Ley:

[...]

b) Contratar propaganda en radio y televisión, tanto en territorio nacional como en el extranjero, dirigida a la promoción personal con fines políticos o electorales, a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, **o** a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular; [...] (**Resultado de este voto**).

Por su parte, el Dictamen de las comisiones unidas de la Cámara de Diputados del trece de septiembre de dos mil siete, explicita la finalidad de la reforma en el siguiente sentido:

“[...] el propósito expreso de esta reforma es **impedir que el poder del dinero influya en los procesos electorales a través de la compra de propaganda en radio y televisión**. Ese es el único propósito, que para nada afecta, ni afectará, la libertad de expresión de persona alguna, empezando

³ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; de Radio, Televisión y Cinematografía; y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, que contiene proyecto de decreto que reforma los artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga el tercer párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 12 de septiembre de 2007.

por la que ya gozan, y seguirán gozando, los comunicadores de la radio y la televisión”⁴. (**Resaltado de este voto**).

Como lo sostuvo la Sala Superior en el expediente **SUP-REP-131/2018 y acumulado**, la prohibición contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución general tiene la siguiente racionalidad constitucional:

- En el contexto histórico mexicano la restricción constitucional en estudio se incorporó para hacer frente a una problemática que afectaba el desarrollo de los procesos electorales, como lo fue el uso y abuso de la televisión y la radio en las contiendas electorales.
- Buscó terminar con el sistema de competencia electoral basado en la preponderancia económica.
- Supone una tutela a la igualdad desde la óptica de la libertad de expresión, pues tratándose del acceso a radio y televisión, no todas las personas pueden expresarse con la misma fuerza. En ese sentido, la prohibición en cuestión busca tutelar la igualdad de las personas respecto a su acceso a los medios de comunicación masiva cuyas posibilidades de contratación no están al alcance de todos.
- Constituye un incentivo para inhibir la corrupción, ya que impide que los candidatos que puedan acceder al poder se vean comprometidos por el apoyo que recibieron de personas o agrupaciones que financiaron mensajes a su favor o en contra de su adversario.

La Sala Superior ha interpretado que dicha disposición (como la que prohíbe a los partidos y candidatos contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión) **constituye una restricción expresa al ejercicio de la libertad de expresión e**

⁴ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Gobernación de la Cámara de Diputados, con proyecto de Decreto que reforma los artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134; y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 13 de septiembre de 2007.

información⁵, que deben interpretarse de forma restrictiva e, incluso, conforme al principio pro persona⁶.

Se trata de una **restricción expresa al ejercicio de la libertad de expresión y de información** de las personas⁷, ya que la disposición

⁵ Véase **SUP-REP-422/2015** (donde los magistrados de la Sala Superior consideraron que dicha disposición constituye una “[...] **restricción** a los partidos políticos, dirigentes partidistas, candidatos y personas físicas y morales para que, a título propio o por cuenta de terceros, contraten propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular”).

⁶ **SUP-REP-165/2017 y acumulados**, resuelto por unanimidad de votos el 7 de febrero de 2018.

⁷ La jurisprudencia **P./J. 20/2014 (10ª.)** de rubro “**DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL**”, señala que “normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., **cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional**” (**resaltado de este voto**). Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, Tomo I, página 202.

Este criterio **ha sido reiterado** en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Véase **jurisprudencia 1ª./J. 29/2015 (10a.)**. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 17, abril de 2015, tomo I, página 240, de rubro y texto siguientes: “**DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA**. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; **en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional**”. (**Resaltado nuestro**).

También ha sido reiterado por la Segunda Sala. **Jurisprudencia 2ª./J. 163/2017 (10a.)**. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 49, diciembre de 2017, tomo I, página 487, de rubro y texto siguientes: **RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES**. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, **las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior**; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer

constitucional contiene la prohibición de difundir una clase de expresión en una modalidad específica -la propaganda en radio o televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos-, lo que limita el ejercicio de dicho derecho.

En este sentido, teniendo en cuenta que la disposición constituye una restricción constitucional expresa al ejercicio de derechos humanos, destacadamente el derecho a la libertad de expresión, los dos supuestos de prohibición contenidos en el párrafo tercero deben interpretarse de manera que se **maximice el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de información**, pero sin que se vacíe de contenido a la norma restrictiva que **también persigue una finalidad imperiosa** contenida por la propia Constitución general: **garantizar la equidad en la contienda a efecto de evitar que el poder del dinero influya en los procesos electorales**.

Como sostiene Rodolfo Vázquez, a propósito del contenido del artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución general, “[...] en un Estado constitucional, liberal e igualitario de derecho, la equidad electoral es una precondition “mínima”, pero insoslayable, de la democracia, que necesita ser garantizada por el máximo tribunal [...]”, de forma que no se caiga en una versión libertaria que defienda a ultranza la libertad de expresión y se asimile la democracia a un libre mercado de ideas, lo cual la llevaría al suicidio. Como bien afirma “para un liberal igualitario la equidad electoral se requiere para proteger la integridad del debate político, para hacer posible una robusta democracia deliberativa”⁸.

prevaler una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados”. **(Resultado nuestro)**.
⁸ Véase Vázquez Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM-IIJ, México, 2015, páginas 171 a 178.

Respecto a la finalidad perseguida por normas análogas a la aquí analizada, coincidimos con Jacob Rowbottom en el sentido de que “[...] el principio básico que subyace a la igualdad política es que cada ciudadano debería tener las mismas oportunidades de influir la toma democrática de decisiones y que la oportunidad de participar no dependa sólo de la riqueza económica del individuo”⁹.

Así, nos parece que una interpretación que armonice tanto el ejercicio de la libertad de expresión e información como la equidad de la contienda debe procurar que la restricción constitucional **no sea sobreinclusiva**, de forma que se prohíban y se sancionen situaciones irrelevantes para garantizar la finalidad imperiosa perseguida por la restricción de rango constitucional, a saber, garantizar la equidad de la contienda, y, por el contrario, se afecte gravemente el ejercicio de la libertad de expresión y de información de las personas, erigiéndose un mecanismo inconstitucional que tenga un efecto inhibitor o amedrentador de la libertad de expresión (“*chilling effect*”).

En ese sentido, la prohibición constitucional no debe ser entendida como “absoluta” en los términos propuestos por la sentencia, ya que la misma, **si bien no puede ser inaplicada conforme a un parámetro de regularidad que esté fuera del orden constitucional**¹⁰, sí puede ser interpretada de

⁹ Rowbottom, Jacob, “Al otro lado del océano. Dinero, libertad de expresión y política en Reino Unido y Estados Unidos de América”, en *Citizens United, Apellant v. Federal Election Commission*, Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras, No. 1, TEPJF, México, 2012, página 108.

¹⁰ Se estima que para que la Sala Superior se aparte de lo decidido en la **contradicción de tesis 293/2011**, la cual dio origen a la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación **P./J. 20/2014 (10ª)**, se tendría que justificar robustamente porque dicho criterio no es obligatorio para este tribunal en términos de lo previsto en el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dispone que “la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los casos en que resulte exactamente aplicable”.

Cabe advertir que, por ejemplo, la Sala Superior, por unanimidad de votos, consideró como obligatoria la jurisprudencia **P./J. 20/2014** al resolver el expediente **SUP-JDC-1171/2017** y concluir que “[...] para la resolución de este asunto es un eje rector, el hecho de que en la contradicción de tesis 293/2011 el Tribunal Pleno hubiera determinado que no obstante la jerarquía constitucional de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, prevalece lo dispuesto en la Constitución Federal, en este caso el requisito de elegibilidad determinado por el constituyente, quién en ámbito de su libertad de configuración legislativa lo incorporó a nuestro sistema jurídico”.

forma que se armonicen los derechos y finalidades imperiosas perseguidas por el propio orden constitucional, el cual incluye a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que sea parte el Estado mexicano, así como los criterios vinculantes de los organismos autorizados por los propios instrumentos para interpretarlos, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, en el tipo de debate democrático que nos ocupa, las restricciones constitucionales expresas deben entenderse en términos estrictos¹¹.

Ahora bien, para interpretar el contenido de dicha disposición nos parece útil recurrir a los conceptos de llamamiento expreso a votar o a no votar por una opción política (“*express advocay*”), llamamiento expreso a discutir temas de la agenda pública (“*issue advocay*”) y mensaje simulado o farsante para evitar una sanción derivada de un llamamiento expreso al voto (“*sham issue advocay*”) desarrollados por las cortes en los Estados Unidos de América en los casos *Buckley v. Valeo* (1976)¹², *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce* (1990)¹³, *McConnell v. Federal Election Commission* (2003)¹⁴, *FEC v. Wisconsin Right to Life Inc.* (2007)¹⁵ y la legislación de ese país¹⁶, que si bien responden a una lógica electoral diferente a la mexicana y son utilizados para regular la fiscalización de los gastos o contribuciones en las campañas, los mismos nos parecen muy ilustrativos para distinguir lo que sí está prohibido de lo que no en nuestra Constitución general.

Como sabemos el llamamiento expreso a votar o a no votar por una opción política (“*express advocay*”) constituye propaganda que contiene

¹¹ Como lo sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 64/2015 y sus acumuladas.

¹² Sentencia 424 U.S. 1 (1976). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹³ Sentencia 494 U.S. 652 (1990). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹⁴ Sentencia 540 U.S. 93 (2003). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹⁵ Sentencia 551 U.S. 449 (2007). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹⁶ Por ejemplo, la *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002 que reformó el *Federal Election Campaign Act* de 1971.

manifestaciones explícitas e inequívocas de apoyo o rechazo hacia una opción electoral.

Dicho tipo de propaganda está claramente prohibida por el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero constitucional, en uno de los dos supuestos que prevé, al referirse a aquella “a favor o en contra de los *partidos políticos o candidatos a cargos de elección popular*”.

Conforme a dicha prohibición, sólo deben considerarse prohibidas las expresiones que, trascendiendo al electorado, supongan un mensaje que se apoye en alguna de las “palabras mágicas”, como las que ejemplificativamente se mencionan enseguida: “vota por”, “elige a”, “apoya a”, “emite tu voto por”, “[X] a [tal cargo]”, “vota en contra de”, “rechaza a”; o cualquier otra que de forma explícita e inequívoca tenga un sentido equivalente de solicitud de sufragio a favor o en contra de alguien¹⁷.

Por otra parte, el concepto contrario al llamamiento expreso a votar o a no votar por una opción política (“*express advocacy*”) sería el llamamiento expreso a discutir temas de la agenda pública (“*issue advocacy*” o “*pure issue advocacy*”), es decir, cualquier comunicación o propaganda que no expresa ninguna solicitud de sufragio a favor o en contra de una opción política (propaganda neutra), y que sólo plantea una postura respecto a algún tema político, social o económico y no hace referencia a candidatos y partidos políticos.

Sin embargo, entre esos dos conceptos encontramos una “zona de penumbra” en la que podemos encontrar propaganda político electoral a favor o en contra de una opción política o candidato sin hacer un llamado expreso a ello, por lo que no puede considerarse como propaganda neutra (“*issue advocacy*”), ni como aquella a la que se refiere el llamamiento expreso a votar o a no votar por una opción política (“*express advocacy*”).

¹⁷ Véase expedientes **SUP-JRC-194/2017**, **SUP-REP-146/2017** y **SUP-REP-159/2017**.

Para identificar este tipo de propaganda, pueden ser útiles los conceptos de transmisión de mensajes con fines electorales en los medios de comunicación durante un periodo específico (“*electioneering communication*”) (como está definido en la legislación estadounidense de 2002), “*sham issue advocacy*” (como se entiende en la doctrina) y el de equivalentes funcionales de los llamamientos expresos al voto (“*functional equivalents of express advocacy*”) (conforme a la jurisprudencia estadounidense), es decir, propaganda o comunicaciones que promueven o descalifican perspectivas claramente identificables con un determinado candidato o partido político y que están elaboradas de forma cuidadosa a efecto de evitar usar las “palabras mágicas” o de superar el test relativo al llamamiento expreso a votar o a no votar por una opción política (“*express advocacy*”).

Al respecto, la legislación de los Estados Unidos de América de 2002 definió “***electioneering communication***” como “cualquier transmisión, cable o comunicación que promueva o apoye a un candidato, o ataque o se oponga a un candidato a un cargo público (independientemente de si la comunicación aboga expresamente por votar a favor o en contra de ese candidato), y de la cual no puede inferirse algún otro significado plausible que no sea una exhortación a votar a favor o en contra de un candidato determinado”¹⁸. Dicha legislación fue emitida con la finalidad de prohibir la “*sham issue advocacy*”¹⁹.

El concepto de “***sham issue advocacy***” evidencia la existencia de propaganda que promueve o desacredita las opiniones de un determinado

¹⁸ En inglés el término se define textualmente en el *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002 como sigue: “*any broadcast, cable, or satellite communication which promotes or supports a candidate for that office, or attacks or opposes a candidate for that office (regardless of whether the communication expressly advocates a vote for or against a candidate) and which also is suggestive of no plausible meaning other than an exhortation to vote for or against a specific candidate*”.

¹⁹ Véase Potter, Trevor y Jowers, Kirk L., “Issue and express advocacy”, en *The New Campaign Finance Sourcebook*, Chapter 8, 2003.

candidato o partido político, pero que están elaboradas de manera cuidadosa a efecto de evadir el uso de las “palabras mágicas”²⁰.

Ante dicha problemática, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desarrolló el concepto de los “**functional equivalents of express advocacy**”, así como un examen denominado valoración llevada a cabo por una persona razonable (“**reasonable person test**”) a efecto de brindar elementos objetivos y previsible para que los destinatarios de la normativa sepan qué está prohibido y qué no está prohibido y, a la vez, evitar que se evada el cumplimiento de la ley en detrimento de la integridad del debate público²¹.

Ahora bien, consideramos que la prohibición contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, constitucional, consistente en evitar que se difunda propaganda dirigida a “**influir en las preferencias electorales de los ciudadanos**” puede considerarse equivalente a los intentos en los Estados Unidos de América de regular la “**sham issue advocacy**”, es decir, esa zona de penumbra entre lo que claramente es “*issue advocacy*” y lo que es claramente “*express advocacy*”. Ello debido a que la prohibición constitucional trata justamente de evitar que personas físicas y morales evadan la prohibición de “*express advocacy*” contenida en el segundo supuesto (a favor o en contra de los partidos políticos o

²⁰ Asimismo, como lo menciona Colin Feasby, “el vacío legal que deja el concepto de “*issue advocacy*” ha permitido a los partidos políticos y grupos independientes comunicarse con los electores sin sujetarse a las obligaciones de divulgación del financiamiento político, al no solicitar el sufragio a favor o en contra de un candidato claramente identificado. Para ubicarse dentro de ese vacío legal, la propaganda se basa en técnicas que han incluido referencias indirectas a los candidatos, críticas implícitas o codificadas hacia los candidatos y exhortaciones para actuar a favor o en contra de los candidatos por medios distintos del llamado al voto”.

En inglés “[...] *the issue advocacy loophole permitted political parties and independent groups to communicate with electorate without being subject to political finance disclosure obligations so long as they stopped short of explicitly advocating the election or defeat of a clearly identified candidate. To fit within the issue advocacy loophole, political advertisements used techniques that included oblique references to candidates, implicit or coded criticism of candidates, and exhortations to act for or against candidates by means other than voting*”. Feasby, Colin, “*Issue Advocacy and Third Parties in the United Kingdom and Canada*”, en *McGill Law Journal*, vol. 48, 2003, página 14.

²¹ Véase *FEC v. Wisconsin Right to Life Inc.* 551 U.S. 449 (2007), así como la **jurisprudencia 4/2018** de esta Sala Superior que retoma el concepto de los “equivalentes funcionales”.

candidatos a cargos de elección popular) y se vulnere la equidad de la contienda.

En este sentido, si bien la prohibición de contratar propaganda “dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos” no debe ser interpretada de forma que se inhiba la expresión de propaganda que trate de cuestiones políticas, sociales o económicas de forma genérica o neutra provocando un efecto amedrentador sobre la libertad de expresión (“*chilling effect*”), la misma debe ser interpretada a efecto de sancionar la contratación de **propaganda política o electoral que pretenda defraudar a la Constitución general** en menoscabo del principio constitucional de equidad en la contienda.

Por ello es preciso construir un examen o *test*, similar al *reasonable person test*, que permita establecer de manera objetiva y previsible cuándo puede considerarse que se influye en las preferencias electorales de los ciudadanos, como equivalente funcional al “*express advocacy*” y cuándo frente a propaganda o comunicaciones permitidas (*issue advocacy*).

Para determinar si cierta propaganda se encuadra dentro de la prohibición constitucional consistente en que esté “dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos”, debe analizarse, **caso por caso**, partiendo de la premisa de que la libertad de expresión y de información debe, en principio, primar en la mayoría de los casos, los siguientes elementos:

- **La temporalidad** en la que se realiza el hecho denunciado. Se debe determinar si se realiza en época de precampaña (respecto de los precandidatos) o en la campaña (respecto de algún candidato o partido político), así como la **proximidad** de la difusión **con la jornada electoral, lo que hace surgir la presunción de que se trata de propaganda político-electoral.**

- **La forma de difusión.** Identificar si es propaganda pagada y, de ser el caso, el número de impactos en radio y televisión, o interacciones en algún otro medio de comunicación.

- **El contenido.** Determinar si, además de abordar algún tema propio de la política, cultura, historia, o cualquier asunto propio del debate público, **hace referencia o alusión a algún precandidato, candidato o partido político**, a sus propuestas, declaraciones, acciones, plataforma o declaración de principios, que los **haga identificables**.

También deben identificarse calificaciones **positivas o negativas**; si se desaprueba, reprocha, aplaude o elogia alguna declaración, posición o propuesta del precandidato, candidato o partido político.

- **El contexto.** Hay que relacionar el contenido del promocional con el contexto prevaleciente al momento en que se difunde, su relación con acontecimientos, declaraciones o posicionamientos de los actores políticos; su posible relación con otros promocionales que se consideren propaganda política o electoral u otros discursos de un determinado candidato.

Por ejemplo, debe analizarse rigurosamente las particularidades del contenido del promocional -imágenes, audio, expresiones escritas-; cómo se asocian y relacionan éstas de forma integral; y luego contrastarlas con otras expresiones, promocionales y discursos que antes o durante su difusión tengan la pretensión de promover o desfavorecer a una determinada opción política.

- **El efecto persuasivo.** Debe identificarse si se llama a actuar de determinada manera a efecto de defender alguna postura relativa a los comentarios, propuestas, declaraciones o plataforma de algún precandidato, candidato o partido político. Si la propaganda tiene la finalidad de influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, es muy probable que la misma sea parte de una estrategia más compleja de algún determinado partido político o candidato o que obedezca a los intereses de

factores de poder que tengan la intención de favorecer o perjudicar a un determinado partido político o candidato.

Finalmente, como se advirtió previamente, la interpretación armónica del artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, constitucional, en función del contenido esencial de la libertad de expresión y de información en el presente caso, debe partir de favorecer la protección más amplia a la persona, pero sin desconocer que la finalidad de la restricción es también proteger otros **bienes constitucionales imperiosos**, como lo es garantizar la equidad en la contienda y la integridad del debate político, para hacer posible una robusta democracia deliberativa en beneficio de todas las personas.

3.1.2. Aplicación de la prohibición en el caso concreto

Partiendo de estas premisas, coincidimos con la decisión en el sentido de confirmar que, **en el caso**, se acreditó la prohibición de contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ya que, de los elementos objetivos del promocional y el contexto en el que fue difundido, consideramos que **Mexicanos Primero Visión 2030, A.C. y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V.** (como intermediaria para la difusión en radio y televisión), así como las televisoras y radiodifusores, violaron la Constitución general y la normativa electoral.

En efecto, del contenido del promocional no se desprenden expresiones por parte de la niña y los niños actores o frases que, de manera expresa e inequívoca, promuevan o desfavorezcan a algún candidato o partido político, es decir, el promocional no puede ser ubicado fácilmente dentro del concepto de *express advocacy* y claramente constituir propaganda prohibida conforme a la segunda prohibición contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero de la Constitución general.

Sin embargo, existen dudas, ya que su contenido tampoco puede considerarse neutro o encuadrarse claramente dentro del concepto de “*issue advocacy*”, ya que en el mismo aparecen niños y una niña que representan a cada uno de los candidatos que contendieron por la Presidencia de la República, lo que le da un carácter electoral y no de un promocional donde únicamente se opine o se exhiba alguna postura sobre una política pública en general, en este caso, en materia de educación.

Ante dicha situación, el promocional debe analizarse detalladamente a efecto de determinar si el mismo se trata de un ejercicio de libertad de expresión por parte de la asociación civil o se trata de un equivalente funcional al *express advocacy* en contravención de la prohibición contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución general.

Coincidimos con el análisis del contenido del promocional propuesto en la sentencia, aunque me gustaría expresar algunas consideraciones adicionales.

Además de concordar en que puede identificarse fácilmente a los niños y niña con cada uno de los candidatos que contendieron por la Presidencia de la República, la expresión “piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa” que exhorta a “elegir a un candidato” en un promocional difundido en periodo de campaña, hacen que contenido del promocional puede calificarse como electoral o concerniente a la materia electoral.

Sin embargo, el hecho de que se difunda en radio y televisión un promocional en periodo electoral y en éste se aluda o discuta un tema como la educación o la reforma educativa, incluso exhortando a la ciudadanía a votar, no sería suficiente para considerar dicha expresión, aun asumiendo que se tratara de propaganda, como un ejercicio indebido de la libertad de expresión.

De ahí que resulta importante acreditar, conforme a elementos objetivos y sin entrar en descifrar la intencionalidad desde una perspectiva subjetiva, si el promocional tiene el carácter de “propaganda” y si la finalidad de éste es “influir en las preferencias electorales de los ciudadanos”, constituyendo una forma de evadir la prohibición de expresarse a favor o en contra de los partidos políticos o candidatos a cargos de elección popular.

¿El promocional puede calificarse como propaganda?

El promocional se difundió a través de diversos medios de comunicación²²: no sólo a través de la radio y televisión con 8,010 impactos del veintisiete de abril al cuatro de mayo de este año, sino también a través de Internet²³ y cines²⁴. Ello evidencia que se le trató de dar al promocional la más amplia difusión, lo cual es propio de la propaganda, habiendo invertido la asociación civil más de \$13'000,000.00 M.N. (trece millones de pesos 00/100, moneda nacional).

Al concluir el promocional con las frases “piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa” y “la educación de tus hijos no es negociable”, las cuales tienen un tono imperativo, abona para calificar al promocional como “propaganda”, en el sentido de que su finalidad es persuadir a su auditorio a que actué o se comporte de una forma particular con base en una determinada selección de palabras o información²⁵.

Como se observa, no únicamente tratan del tema de la educación de forma neutral, presentado pros y contras, u opiniones diversas sobre el tema. En

²² El promocional se difundió en radio y televisión, cines, internet y redes sociales conforme a la sentencia dictada por la Sala Especializada en el expediente SRE-PSC-159/2018.

²³ Conforme a la sentencia de la Sala Especializada en el expediente SRE-PSC-159/2018, “de la certificación de fecha **veintisiete de abril**, se tiene por acreditada la difusión del promocional denunciado en la página de internet y en la cuenta de Youtube de Mexicanos Primero Visión 2030, A.C.”. Asimismo, se acreditó que la contratación para la difusión del promocional por Internet y redes sociales (Facebook, Impaktu, Youtube, Dynadmic y Cinemad) ascendió a \$725,000.00 M.N. (setecientos veinticinco mil pesos moneda nacional).

²⁴ El costo por la transmisión en cines del 27 de abril al 3 de mayo fue de \$296,210.00 M.N. (doscientos noventa y seis mil pesos moneda nacional).

²⁵ La Real Academia de la Lengua Española define “propaganda” como “acción y efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores”.

este sentido, nos parece evidente que el *spot* denominado “¿Y si los niños fueran candidatos?” constituye propaganda.

¿La propaganda está dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos respecto a una opción política determinada?

Si la propaganda estuviera dirigida a que la población salga a votar sin especificar o aludir implícitamente a una opción política determinada, ésta no podría constituir una infracción a la normativa constitucional. Estaríamos claramente frente a un caso de “*issue advocacy*”, no prohibida por la normativa.

Sin embargo, precisamente consideramos que en el presente caso la propaganda, en virtud de su contenido y el contexto de su difusión, sí hace referencia implícitamente a una opción política determinada a efecto de que el electorado no optara por ella, acreditándose la infracción constitucional.

En primer lugar, las expresiones “piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa”, “quiero que la transformación educativa avance” y “quiero que el cambio en mi escuela, no se detenga”, constituyen exhortaciones a los votantes a elegir las opciones políticas que apoyen esa “transformación educativa” “cambio” o “avance”, la cual puede identificarse, en el contexto temporal y espacial en el que se emitió la propaganda, con la reforma educativa del gobierno saliente (es un hecho notorio que, al momento de difundirse la propaganda, la temática de la educación era un aspecto que se encontraba abordado en la discusión política). Dichas expresiones aluden a la continuidad de ese cambio, transformación o avance.

También es relevante que, a lo largo del promocional, la palabra “maestros” haya sido la más repetida (cinco veces), y que dicha palabra se relacione con “preparación”, “hacerse exámenes” y “ser un ejemplo”, siendo que el contenido de la reforma en materia educativa tuvo como uno de sus ejes plantear “la construcción de un sistema de desarrollo profesional basado en

el mérito, vinculado en una formación inicial fortalecida tanto en las escuelas normales como en las universidades, y con procesos de evaluación que permitan ofrecer formación continua para los docentes, basada en sus necesidades”²⁶.

En segundo lugar, el contenido del promocional debe contrastarse con otras expresiones, promocionales y discursos divulgados antes o durante su difusión. Como contexto, sólo un candidato (Andrés Manuel López Obrador) hizo pública y patente su inconformidad respecto a la reforma educativa del gobierno saliente. El *spot* denominado “¿Y si los niños fueran candidatos?” se difundió en radio y televisión a partir del veintisiete de abril²⁷, mes en que el entonces candidato de MORENA ya había hecho diversas declaraciones en contra de la reforma educativa²⁸.

Por otra parte, también es claro que sólo un candidato se dirigió a ciertos grupos de maestros prometiéndoles cancelar la reforma educativa²⁹. Si

²⁶ Véanse los “5 ejes del Modelo Educativo”, publicación de la Secretaría de Educación Pública del 28 de julio de 2016. Consultables en: <https://www.gob.mx/sep/articulos/5-ejes-del-modelo-educativo>

²⁷ La Sala Especializada en el expediente SRE-PSC-159/2018 tuvo por probado que el periodo de transmisión contratado en radio y televisión era del 27 de abril al 13 de mayo de 2018 por una cantidad de \$12’729,247.00 M.N. (doce millones setecientos veintinueve mil doscientos cuarenta y siete pesos moneda nacional).

²⁸ Coincide que justo el 27 de abril, MORENA sacó un *spot* hablando sobre la reforma educativa. Véase La Jornada, “Morena expone la reforma educativa de López Obrador”, nota publicada el 28 de abril de 2018. Consultable en: <https://www.jornada.com.mx/2018/04/28/politica/006n1pol>. Por ejemplo, en *Youtube* aparece colgado desde el 4 de abril de 2018 (<https://www.youtube.com/watch?v=NqEOuYyQWxg>) el *spot* denominado “REFORMA EDUCATIVA”, pautado posteriormente para el periodo de campaña por MORENA. Consultable en: http://pautas.ine.mx/transparencia/pef_2018/index_camp.html

De la misma manera, el 21 de marzo, el candidato Andrés Manuel López Obrador se presentó en la mesa redonda organizada por Milenio, y dirigida por Carlos Marín, en donde afirmó que se cancelaría la “mal llamada reforma educativa”. Esta mesa redonda fue transmitida tanto en el canal de televisión restringida de Milenio, la página de internet del diario, como por *Youtube*, y las declaraciones fueron retomadas al día siguiente por los medios de comunicación nacional. El contenido del programa puede consultarse en texto en: <http://www.milenio.com/politica/amlo-sin-ego-sere-como-juarez-o-madero>; y en video en: <https://www.youtube.com/watch?v=UPT4I7gOs6s>

²⁹ Animal Político, “AMLO promete a maestros reunidos en Oaxaca cancelar la reforma educativa”, nota publicada el 13 de mayo de 2018. Consultable en: <https://www.animalpolitico.com/2018/05/amlo-maestros-oaxaca-reforma-educativa/>. Sol de México, AMLO presentará este jueves el proyecto para modificar la reforma educativa, nota publicada el 10 de abril de 2018. Consultable en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/amlo-presentara-este-jueves-el-proyecto-para-modificar-la-reforma-educativa-1604079.html>

relacionamos esos hechos con las constantes alusiones en el promocional a la necesidad de que los maestros se preparen, sean evaluados y constituyan un ejemplo, se infiere que la propaganda intenta desalentar el voto a favor del candidato que supuestamente se opone a que los maestros se preparen, se evalúen y se conviertan en un ejemplo y, por ende, a la transformación educativa derivada de la reforma.

El promocional no hace una ponderación de la reforma educativa con la situación actual de la educación en el país, sino que se asume como correcta la referida reforma, por lo que la misma debe continuar, de tal manera que **se valora positivamente** en contraste con lo sostenido por el único candidato que se opuso públicamente a ello, haciéndolo identificable.

Tras valorar positivamente la reforma educativa, en el promocional se instruye a los espectadores: “*Piensa bien y **elige al candidato que apoye la transformación educativa***”.

Como se aprecia, la propaganda no sólo invita a votar de manera neutral o a favor de la opción que el espectador considere, sino que se pronuncia a favor de la opción política que apoye la transformación educativa.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la propaganda fue transmitida en radio y televisión a partir del veintisiete de abril y se pretendía seguir transmitiendo hasta al cuatro de mayo de este año, es decir, durante el periodo de campaña que inició el treinta de marzo y en una fecha muy cercana a la jornada electoral del primero de julio, lo cual constituye un elemento adicional para presumir que dicho promocional pretendió influir en las preferencias electorales de los ciudadanos.

Conforme al análisis del contenido y del contexto, el promocional difundido constituye un **equivalente funcional** a un llamamiento expreso a no votar por un determinado candidato que está dirigido a influir las preferencias electorales de la ciudadanía, e intenta evadir la prohibición de acceso a tiempos de radio y televisión a todas las candidaturas.

En este sentido, conforme a estas razones adicionales a las de la sentencia, concluimos que la propaganda se ubica dentro de la prohibición contenida en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero de la Constitución general, al influir en las preferencias electorales de los ciudadanos respecto a una opción política determinada.

3.2. Consideraciones respecto a la vulneración del interés superior de los niños y niña que aparecen en el promocional

Finalmente, no compartimos la decisión mayoritaria en el sentido de confirmar la irregularidad de vulnerarse el interés superior de los niños y niña que aparecen en el promocional. Consideramos que la normativa electoral no tiene el mismo alcance tratándose de propaganda político-electoral pautada por los partidos políticos o candidatos de aquella otra propaganda político-electoral que se difunda por sujetos distintos y que, en principio, no se presente de manera expresa como propaganda a favor o en contra de un partido o candidatura.

En el presente caso, creemos que la opinión informada de las personas menores de edad pudo ser probada a través de otros medios de prueba, sin que necesariamente constara en un documento o formato específico. En particular tratándose de caracterización de personajes políticos por personas menores de edad, que necesariamente requieren informarse o prepararse para hacer una dramatización, es razonable presumir que conocieron que su participación sería parodiando a un candidato o candidata y que, por tanto, fueron válidamente informados de quiénes eran tales personas y cuáles eran sus rasgos más característicos.

En este sentido, en principio, la normativa electoral no impone obligaciones a las concesionarias de radio y televisión, ni obligaciones a personas físicas o morales distintas a los partidos políticos, candidatos, coaliciones o autoridades electorales federales y locales en relación con la protección de los derechos de la infancia. De ahí que no deba exigirse a otros sujetos el mismo actuar, siendo suficiente que cumplan con los deberes generales de

protección a los derechos de las niñas, niños y adolescentes derivados de la Constitución general, los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y de la legislación aplicable.

Al respecto, como lo precisó la Sala Superior en el expediente **SUP-REP-60/2016 y acumulados** y se estableció en la **jurisprudencia 5/2017**³⁰, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y los principios constitucionales aplicables, brindan el marco jurídico general que obliga a las autoridades electorales, a los medios de comunicación y a los particulares a garantizar que no se vulneren los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Conforme a la dicha legislación, los medios de comunicación que difundan entrevistas (o cualquier promocional o propaganda), deben recabar el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, **así como la opinión de la niña, niño o adolescente**, respectivamente. El texto de la ley es el siguiente:

Artículo 78. Cualquier medio de comunicación que difunda entrevistas a niñas, niños y adolescentes, procederá como sigue:

I. Deberá recabar el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de la niña, niño o adolescente, respectivamente, conforme a lo señalado en el artículo anterior y a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 76 de la presente Ley, y

II. La persona que realice la entrevista será respetuosa y no podrá mostrar actitudes ni emitir comentarios que afecten o impidan objetivamente el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes.

En el caso de que no sea posible recabar el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o tutela de un adolescente, éste podrá otorgarlo siempre que ello no implique una afectación a su derecho a la privacidad por el menoscabo a su honra o reputación.

³⁰ **Jurisprudencia 5/2017.** Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 10, Número 20, 2017, páginas 19 y 20, de rubro **“PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIRSE CUANDO SE DIFUNDAN IMÁGENES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”.**

No se requerirá el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o tutela de niñas, niños o adolescentes, cuando la entrevista tenga por objeto que éstos expresen libremente, en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, su opinión respecto de los asuntos que les afecten directamente, siempre que ello no implique una afectación a sus derechos, en especial a su honra y reputación (**resaltado nuestro**)

Como se observa, la normativa **no exige una forma específica** a efecto de que los medios de comunicación recaben las opiniones de las niñas, niños y adolescentes.

En este sentido, si a través de **otros medios de prueba**, aunque no sean escritos o documentos, se puede presumir que ellos opinaron de manera informada respecto a su participación en entrevistas o promocionales, el requisito podría tenerse por cumplido en estos casos.

En términos generales, la racionalidad detrás de que los niños, niñas y adolescentes opinen sobre su participación en entrevistas o promocionales consiste en que, en función de su edad y madurez, consientan de manera informada el que su imagen aparezca en la televisión o que su voz pueda ser reconocida o identificada en la radio, conociendo las consecuencias de ello.

Ello, en primer lugar, a efecto de que se proteja su identidad y su propia imagen, y no se utilice o lucre con ella sin haber opinado al respecto, pudiendo ser que no coincidan con lo que sus propios padres o tutores deseen. En segundo lugar, a efecto de que conozcan las consecuencias de que su propia imagen se difunda masivamente en medios como la radio o la televisión y, como lo sugiere la sentencia, estén al tanto de las consecuencias que dicha difusión podría causar a su vida cotidiana.

El recabar su opinión obedece a la necesidad de conciliar, en los casos concretos, dos realidades que experimentan los niños, las niñas y los adolescentes como lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en función de su edad y madurez: por un lado, el **reconocimiento de su capacidad racional -y de su autonomía progresiva-**, dejando de ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el

reconocimiento de su vulnerabilidad dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando éstos pertenecen a sectores sociales desaventajados o a grupos discriminados como el de las niñas³¹.

Ahora bien, **en el presente caso**, conforme a los medios de prueba que obran en el expediente, existen indicios que permiten suponer que los niños y la niña que aparecen en el promocional contaron con información suficiente para aceptar la participación en el promocional denunciado. Ello, considerando que su participación implicó una caracterización de una persona pública, que ostenta una candidatura en pleno proceso electoral. Que en la dramatización se representan actitudes de tales personas públicas y que quienes participaron en el promocional imitan algunos de sus rasgos distintivos o manifiestas frases similares a las expresadas por la candidata y los candidatos representados. Ello, aunado al consentimiento de los padres, al hecho de que se trató de una grabación editada de un video y de que no existe ninguna reclamación o queja por parte de los padres, tutores o de los propios niños participantes, permite suponer que existió su consentimiento informado. Pues, no se trata del uso arbitrario de su imagen o la participación inconsciente en un video, o la edición o manipulación de su imagen o voz para efectos proselitistas, o de alguna otra conducta que permita generar alguna duda razonable de que no existió dicho consentimiento.

Debe considerarse que los sujetos responsables de la difusión y edición del promocional no fueron sujetos electorales ordinarios, esto es partidos,

³¹ Véase CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011, párrafo 24. En este sentido, el interés superior del niño implica un rechazo tanto de doctrinas como la de la “situación irregular”, que sitúa al niño como un objeto de compasión o represión y parten en gran medida de perfeccionismos o paternalismos injustificados, como también de doctrinas que desconozcan en gran medida la vulnerabilidad de los niñas, niños y adolescentes de forma contraria a la adecuada satisfacción de sus necesidades. Véase González Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los Niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM, México, 2008. El Comité de los Derechos del Niño se ha referido a la doctrina de la “situación irregular” de forma expresa. Véase CDN, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Argentina*. CRC/C/15/Add. 187, 9 de octubre de 2002, párrafos 15, 40 y 6.

candidatos, coaliciones, sino personas morales que ordinariamente no participan en los procesos electorales y que, en principio, no serían sujetos que deban ser responsables ante las autoridades electorales.

Lo anterior, no configura un desconocimiento o una vulneración de la normativa constitucional que tutela el interés superior de la niñez; en particular, el artículo 4º, párrafos noveno, décimo y décimo primero de la Constitución general, el cual señala que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

El hecho de que el INE sea la autoridad competente para regular la propaganda pautada en radio y televisión por los partidos políticos, así como de vigilar que no se vulnere el modelo de comunicación política-electoral previsto en la Constitución general y en las leyes de la materia, no significa que pueda reglamentar todas las conductas o que la Sala Especializada deba aplicar el mismo escrutinio respecto a los sujetos susceptibles de vulnerar dicho modelo.

Ello, porque existen otras autoridades que pueden verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, como lo es la Secretaría de Gobernación a través de la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía³², con la participación, como coadyuvante en el procedimiento, de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes³³.

³² El artículo 151, fracción III de la referida Ley General, establece que le corresponde a la Secretaría de Gobernación imponer las sanciones correspondientes, y el artículo 113 del Reglamento de la Ley General establece que lo hará mediante la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía.

³³ El artículo 122 de la Ley General, señala en sus fracciones II, VIII y IX, que la Procuraduría debe intervenir oficiosamente, con representación coadyuvante, en todos los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en que participen niñas, niños y adolescentes; esta instancia de defensa de los intereses de la niñez también debe asesorar y promover la participación de los sectores público, social y privado, para la planificación y ejecución de acciones a fin de atender y defender a los infantes. Además, de conformidad con la fracción X del numeral referido, debe desarrollar los lineamientos y procedimientos a los que se sujetarán para la restitución de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Por ello, por ejemplo, los Lineamientos del INE, en principio, no imponen obligaciones a las concesionarias de radio y televisión, ni obligaciones a personas físicas o morales distintas a los partidos políticos, candidatos, coaliciones o autoridades electorales federales y locales respecto del respeto a los derechos de la infancia. Por lo tanto, la obligación de los sujetos distintos a los electorales de recabar el consentimiento informado de las niñas, niños y adolescentes deriva de la propia Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual no exige una forma específica para acreditarlo.³⁴

En este sentido, esta Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes es puntual en señalar que, en el ámbito federal, es una infracción de los concesionarios de radio y televisión, no cumplir con la autorización a que se refiere el artículo 78³⁵, es decir, el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, de los menores de edad, **así como la opinión de la niña, niño o adolescente, respectivamente**³⁶.

³⁴ La ley establece la manera de atender jurídicamente la posible infracción, en sus artículos 80; 122, fracciones, II, VIII, IX, y X; y 148, fracción V; así como el Reglamento de la referida Ley en su artículo 113. El artículo 80 señala que los medios de comunicación deben asegurarse de no afectar el interés superior de la niñez y, de ser el caso, la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, para el caso de la competencia federal, podrá, actuando de oficio o en representación sustituta, **“iniciar los procedimientos por la responsabilidad administrativa a que haya lugar; así como dar seguimiento a los procedimientos hasta su conclusión.” (Resaltado nuestro).**

³⁵ **“Artículo 148.** En el ámbito federal, constituyen infracciones a la presente Ley:

[...]

V. Respecto de los concesionarios de radio y televisión y de quien dirija medios impresos, la realización de entrevistas o su difusión, sin la autorización a que se refiere el artículo 78 de esta Ley;

[...]

³⁶ De hecho, se prevé una multa como sanción para esta infracción. Ahora bien, el artículo 151, fracción III de la misma Ley General establece que le corresponde a **la Secretaría de Gobernación aplicar las infracciones administrativas por violaciones a tales disposiciones. Por su parte,** el artículo 113 del Reglamento de la Ley General establece que lo hará mediante la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía. El artículo 149 dispone: “A quienes incurran en las infracciones previstas en las fracciones I, II y VIII del artículo anterior, se les impondrá multa de hasta mil quinientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada./ **Las infracciones previstas en las fracciones III, IV, V, VI, VII y VII Bis del artículo anterior, serán sancionadas con multa de tres mil y hasta treinta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta**”. Por su parte, el **Artículo 113** del Reglamento señala “La Secretaría de

De esta manera, se puede considerar que las instituciones electorales - además de otras instituciones u órganos estatales- son autoridades que la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes faculta para aplicarla, **en el ámbito de sus competencias**, para el efecto de garantizar la protección del interés superior del menor respecto del contenido de promocionales político-electorales no pautados por sujetos que, en principio, no entran dentro de la competencia de las autoridades electorales administrativas o jurisdiccionales.

No obstante, si bien, en principio, el cumplimiento de los deberes de protección del interés superior de la infancia en promocionales no pautados rebasa la esfera de competencia del INE y de la Sala Especializada, lo cierto, es que en los artículos 64, 65, 66 y 67 de la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se establece que todas las autoridades federales **en el ámbito de sus respectivas competencias** deberán garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión libremente, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo y por cualquier medio.

Por tanto, al ser la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes la que se dejó de cumplir, podría corresponder incluso, como ya se señaló, a la Secretaría de Gobernación, determinar si la opinión informada se tuvo por cumplida.

En este sentido, toda vez que la normatividad infringida es la prevista en la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a partir del contenido de un promocional no pautado por sujetos distintos a los electorales, la Sala Especializada debió ponderar si las exigencias previstas en la normativa electoral –como es el caso, por ejemplo, de los Lineamientos del INE que establecen un formato para acreditar el

Gobernación, a través de las direcciones generales de Radio, Televisión y Cinematografía y de Medios Impresos, según su ámbito competencia, **aplicarán las infracciones administrativas establecidas en el artículo 148, fracciones III, IV, V, VI y VII de la Ley.**" (Resaltado nuestro).

consentimiento— deben aplicarse de la misma forma a todos los sujetos que incurran en alguna vulneración del modelo de comunicación política por la compra o adquisición de tiempos en radio y televisión de propaganda política-electoral.

La Sala Especializada, si bien no hace referencia expresa a los Lineamientos del INE, estimó que “no se advierte en los autos que obran en el expediente **algún documento** que ampare el consentimiento informado de los niños y la niña que aparecen en el spot. Por este motivo, se estima que no se cumple con el segundo requisito de la Jurisprudencia en cita”.

Como se aprecia, la Sala Especializada, para considerar que se incumplió con el deber de informar a los niños a efecto de consintieran participar en el promocional, parte de la premisa que debe probarse a través de documentales, sin advertir que la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes no establece una forma específica para acreditar ello, ni tampoco la jurisprudencia 5/2017 para este tipo de casos.

Así, toda vez que, como se señaló, en principio, el actuar de las personas morales, en relación con el respeto a los derechos de la infancia, no se encuentra regulado por la normativa electoral, consideramos que para el cumplimiento del deber de obtener la opinión informada de las personas menores de edad no era procedente exigir dicha opinión por escrito —como lo establecen, por ejemplo, los Lineamientos del INE que exigen un formato específico—, sino que bastaba que dicha opinión se advierta de indicios suficientes conforme a los medios de prueba que obraran en el expediente, pues exigir a un sujeto no regulado el cumplimiento de directivas específicas no previstas para reglamentar su ámbito ordinario de acción resultaría en una exigencia injustificada.

En este sentido, estimamos que en el caso es **fundado** el agravio relativo a que la Sala Regional no debió exigir la opinión por escrito o a través de un documento de las personas menores de edad que participaron en el

promocional, acreditándose que los niños y la niña fueron debidamente informados a efecto de consintieran su participación en el promocional.

4. CONCLUSIONES

1. Conforme a las consideraciones anteriores, coincidimos con la revocación de la imposición de la sanción de amonestación pública a las personas morales Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., como empresa productora de la propaganda, a Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., como intermediaria contratada por la primera para pautar el promocional en radio y televisión, así como a las televisoras y radiodifusoras que lo difundieron, por las razones expresadas en el presente voto.

2. Conforme a las consideraciones anteriores, estamos de acuerdo en que, de los medios de prueba que obran en el expediente, se derivan indicios suficientes que permiten presumir que en el presente caso los niños y la niña que aparecen en el promocional fueron debidamente informados a efecto de participar en el promocional denunciado.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

**REYES RODRÍGUEZ
MONDRAGÓN**

FELIPE DE LA MATA PIZAÑA